



TESE DE DOUTORAMENTO – Setembro 2015

***“UN NUEVO BAREMO SANCIONADOR PARA LA LEY DEL  
TURISMO DE GALICIA BAJO LOS PRINCIPIOS DEL  
DERECHO PUNITIVO. ANÁLISIS JURÍDICO-PENAL”***

---

Autor: Joaquín María San Martín Zamacola

---

Director: catedrático acr. Miguel Abel Souto

---

Facultade de Dereito

Departamento de Dereito Público Especial

Universidade de Santiago de Compostela

## **AUTORIZACIÓN DO DIRECTOR**

D. Miguel Abel Souto, profesor do Departamento de Dereito Público Especial, como director da tese de doutoramento titulada

***“Un nuevo baremo sancionador para la Ley del turismo de Galicia bajo los principios del Derecho punitivo. Análisis jurídico-penal”***

presentada por don Joaquín María San Martín Zamacola, alumno do programa de doutoramento “2104-05-1V01 – Dereito e Cambios Normativos”:

Autoriza a presentación da tese citada considerando que cumpre os requisitos previstos no artigo 34 do Regulamento de estudos de doutoramento da Universidade de Santiago de Compostela e declarando que, como director, non incorre nas causas de abstención e recusación previstas no artigo 28 da Ley 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común.

Asdo. Miguel Abel Souto



## RESUMOS DA TESE DOUTORAL

**Resumo:** previa delimitación do Dereito penal e o Dereito administrativo sancionador, o proxecto busca a creación dun baremo sancionador en materia turística, consonte a Lei 7/2011, do 27 de outubro, do turismo de Galicia, para lograr a máxima obxectividade e transparencia durante a instrución dos expedientes sancionadores levada a cabo polos diferentes órganos territoriais competentes da Administración turística autonómica (Xunta de Galicia). Así mesmo, o traballo desenvolve unha análise xurídica (penal e administrativa), do baremo coa finalidade de acadar o maior rigor científico e técnico na súa aplicación práctica.

**Resumen:** *previa delimitación del Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, el proyecto busca la creación de un baremo sancionador en materia turística, de acuerdo con la Ley 7/2011, de 27 de octubre, del turismo de Galicia, para lograr la máxima objetividad y transparencia durante la instrucción de los expedientes sancionadores llevada a cabo por los diferentes órganos territoriales competentes de la Administración turística autonómica (Xunta de Galicia). Asimismo, el trabajo desarrolla un análisis jurídico (penal y administrativo), del baremo con la finalidad de alcanzar el mayor rigor científico y técnico en su aplicación práctica.*

**Abstract:** *with preliminary delimitation of the penal law and penalty administrative law, the project seeks to create a scale of sanctions in the tourism sector, according to the Law 7/2011, October 27, which regulates the Galician Tourism, to reach the maximum objectiveness and transparency during the preliminary investigation of the sanctioning proceedings conducted by the different territorial offices of the Autonomic Tourism Administration (Xunta de Galicia). In addition, this analysis develops a (penal and administrative) legal study of the referred scale in order to achieve the top scientific and technical rigour in its practical use.*

## RESUMO XERAL NO MESMO IDIOMA DA TESE

*Previa exposición de las diferentes teorías sobre la delimitación cualitativa, cuantitativa y formal de los ordenamientos penal y administrativo sancionador y desde el reconocimiento de la unidad sustancial de nuestro Derecho punitivo en torno al supraconcepto del ius puniendi, el autor de la tesis analiza, en primer lugar, las penas y sanciones administrativas como consecuencias jurídicas de lo ilícito y, en segundo lugar, el grado de arbitrio judicial y discrecionalidad concedido a los órganos judiciales y administrativos con competencia para evaluar el quantum de la pena o sanción en cada supuesto concreto.*

*Desde este análisis, el autor desarrolla un baremo sancionador adaptado a los preceptos de la Ley 7/2011, de 27 de octubre, del turismo de Galicia, como instrumento para la reducción de la discrecionalidad compuesto por tablas de establecimientos y actividades turísticas, relaciones de conductas infractoras, cuadros de sanciones y tramos para graduar la posible concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad administrativa. Asimismo, después de cotejar, satisfactoriamente, este método con los principios del Derecho punitivo, propone su aplicación al procedimiento de individualización de las sanciones administrativas llevado a cabo durante la tramitación de los expedientes sancionadores por los órganos territoriales de la agencia pública autonómica Turismo de Galicia. Su objetivo principal consiste en alcanzar unos niveles de objetividad y transparencia adecuados para impedir cualquier individualización arbitraria de forma que empresas turísticas y profesionales del sector recuperen la confianza en el Derecho.*

*A lo largo de los cinco capítulos que componen el cuerpo de esta tesis, el autor también efectúa diversas propuestas de lege ferenda, tanto para el ámbito del Derecho administrativo sancionador, como para el de la ordenación y disciplina turística de Galicia. Estas propuestas son enunciadas brevemente en el capítulo sexto, a modo de consideraciones, junto al resto de conclusiones de su investigación.*

“En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Se pondrá como mayor la ley general, por menor la acción conforme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre.”

Cesare Beccaría (1738-1794) - De los delitos y las penas (1764)

“Sin sanción la ley es consejo y no ley”

Francesco Carrara (1805-1888) – Opúsculos de Derecho criminal, vol. I (1874)

“Así como la sociedad nació con el hombre, así el poder apareció cuando la sociedad. Todo lo que es necesario encierra en sí mismo la razón de su existencia; y conforme no se concibe una circunferencia sin su centro, tampoco es posible imaginar una sociedad sin poder que la rija y la gobierne. El objeto del poder es el bien, su medio el orden, su instrumento la ley, su esencia la justicia. De esta suerte queda probada la legitimidad del poder.”

Manuel Colmeiro (1818-1894) - Derecho Administrativo Español (1850)

“La médula de la justicia es la idea de igualdad”

Gustav Radbruch (1878-1952) - Introducción a la filosofía del Derecho (1948)

## ÍNDICE

Abreviaturas y siglas	7
<b>CAPÍTULO I – INTRODUCCIÓN: a modo de presupuestos</b>	<b>12</b>
I.1- Planteamiento de la hipótesis: disciplina turística y desconcentración administrativa	12
I.2- El principio de igualdad: perspectivas constitucionales	33
I.3- Estructura del trabajo: sistemática de la investigación	44
I.3.1 <i>Ius puniendi</i> estatal: compilación	45
I.3.1 Baremo sancionador y disciplina turística: innovación	47
I.3.1 Recapitulación	49
<b>CAPÍTULO II – EL DERECHO PUNITIVO ESTATAL Y SUS MANIFESTACIONES</b>	<b>52</b>
II.1- El <i>ius puniendi</i> como supraconcepto de lo ilícito	52
II.2- La delimitación entre el Derecho penal y Derecho administrativo sancionador antes y después de la Constitución española de 1978	64
II.3- Los principios informadores del Derecho penal como garantías frente al poder sancionador de las administraciones públicas	127
<b>CAPÍTULO III – LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL ILÍCITO: penas y sanciones administrativas</b>	<b>170</b>
III.1- La pena como consecuencia jurídica del delito	171
III.2- La pena de multa: tipología, determinación y arbitrio judicial	186
III.3- La sanción administrativa como consecuencia jurídica de la infracción	229

III.4- La sanción de multa: tipología, determinación y discrecionalidad administrativa	249
--	-----

<b>CAPÍTULO IV – UN BAREMO SANCIONADOR AL SERVICIO DE LA ORDENACIÓN Y DISCIPLINA TURÍSTICA DE GALICIA</b>	<b>273</b>
---	------------

---

IV.1- Justificación, elaboración y metodología	273
IV.2- Un nuevo baremo adaptado a la Ley del turismo de Galicia	286
IV.2.1- Tablas de las diversas modalidades de establecimientos y actividades turísticas	286
IV.2.1.1- El alojamiento turístico	286
IV.2.1.1.a) Los establecimientos hoteleros	289
IV.2.1.1.b) Los apartamentos turísticos	292
IV.2.1.1.c) Las viviendas turísticas	293
IV.2.1.1.d) Los campamentos de turismo	295
IV.2.1.1.e) Los establecimientos de turismo rural	297
IV.2.1.1.f) Los albergues turísticos	300
IV.2.1.1.g) Las <i>pousadas</i>	302
IV.2.1.2- La restauración	303
IV.2.1.2.a) Los restaurantes	308
IV.2.1.2.b) Las cafeterías	311
IV.2.1.2.c) Los bares	313
IV.2.1.3- La intermediación turística	316
IV.2.1.3.a) Las agencias de viajes	317
IV.2.1.3.b) Las centrales de reserva	319
IV.2.1.4- El turismo deportivo	321
IV.2.1.5- La profesión de guía de turismo	324
IV.2.2- Clasificación y descripción de las conductas infractoras	326

IV.2.2.1- Supuestos para los tipos infractores leves de la LTG	334
- Nivel 1º: L-1	334
- Nivel 2º: L-2	343
- Nivel 3º: L-3	349
IV.2.2.2- Supuestos para los tipos infractores graves de la LTG	360
- Nivel 1º: G-1	360
- Nivel 2º: G-2	372
- Nivel 3º: G-3	391
IV.2.2.3- Supuestos para los tipos infractores muy graves de la LTG	398
- Nivel 1º: MG-1	398
- Nivel 2º: MG-2	399
- Nivel 3º: MG-3	400
IV.2.3- Las sanciones de la Ley del turismo de Galicia	401
IV.2.3.1- Sanciones por infracciones leves	402
IV.2.3.2- Sanciones por infracciones graves	405
IV.2.3.3- Sanciones por infracciones muy graves	411
IV.2.4- Las circunstancias modificativas de la responsabilidad administrativa: agravantes, atenuantes, mixtas o ambivalentes	416
IV.2.4.1- El grado de culpabilidad del sujeto infractor	419
IV.2.4.2- La categoría de la empresa turística	424
IV.2.4.3- La reiteración de conductas infractoras	426
IV.2.4.4- El incumplimiento de los plazos y de los requisitos concedidos para la corrección de las deficiencias detectadas por la inspección turística	431
IV.2.4.5- La corrección voluntaria de las deficiencias detectadas y de los daños y perjuicios causados	432

IV.2.4.6- Los perjuicios causados a los particulares	434
IV.2.4.7- El beneficio ilícito obtenido	435
IV.2.4.8- La transcendencia social de la infracción	440
IV.2.4.9- La repercusión negativa del sector turístico y de la imagen turística de Galicia	441
IV.2.4.10- Supuestos en que la sanción de multa resulta más beneficiosa que el cumplimiento de la disposición infringida	443
<b>CAPÍTULO V – ANÁLISIS DEL BAREMO SANCIONADOR BAJO LOS PRINCIPIOS ORDENADORES DE LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO</b>	<b>445</b>
V.1- El principio de legalidad	450
V.1.1- Concepto y evolución	450
V.1.2- Fundamento constitucional	464
V.1.3- Baremo sancionador y principio de legalidad	468
V.2- El principio de tipicidad	478
V.2.1- Concepto y evolución	478
V.2.2- Fundamento constitucional	488
V.2.3- Baremo sancionador y principio de tipicidad	490
V.3- El principio de irretroactividad y la retroactividad <i>in bonus</i>	495
V.3.1- Concepto y evolución	495
V.3.2- Fundamento constitucional	498
V.3.3- Baremo sancionador y principio de irretroactividad	501
V.4- El principio de proporcionalidad	503
V.4.1- Concepto y evolución	503
V.4.2- Fundamento constitucional	508
V.4.3- Baremo sancionador y principio de proporcionalidad	514

V.5- El principio de culpabilidad	517
V.5.1- Concepto y evolución	517
V.5.2- Fundamento constitucional	530
V.5.3- Baremo sancionador y principio de culpabilidad	536
V.6- El principio <i>non bis in idem</i>	540
V.6.1- Concepto y evolución	540
V.6.2- Fundamento constitucional	546
V.6.3- Baremo sancionador y principio <i>non bis in idem</i>	551
<b>VI.- CONCLUSIONES Y PROPUESTAS</b>	<b>553</b>
VI.1- Conclusiones; a modo de síntesis	553
VI.2- Propuestas; a modo de consideraciones	563
VI.2.1- Propuestas en materia de Derecho administrativo sancionador	563
VI.2.2- Propuestas en materia de ordenación y disciplina turística	566
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>570</b>



## ABREVIATURAS Y SIGLAS

<i>AFDUAM</i>	<i>Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.</i>
<i>ATC</i>	<i>Auto del Tribunal Constitucional</i>
<i>BOE</i>	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
<i>BOMJ</i>	<i>Boletín Oficial del Ministerio de Justicia</i>
<i>BOPV</i>	<i>Boletín Oficial del País Vasco</i>
<i>CC</i>	<i>Código Civil</i>
<i>CE</i>	<i>Constitución española</i>
<i>CEDH</i>	<i>Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales</i>
<i>CEDEP</i>	<i>Centro de Estudios de Derecho Penal</i>
<i>CEPC</i>	<i>Centro de Estudios Políticos y Constitucionales</i>
<i>CESCO</i>	<i>Centro de Estudios de Consumo</i>
<i>CESEJ</i>	<i>Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas</i>
<i>CGPJ</i>	<i>Consejo General del Poder Judicial</i>
<i>CP</i>	<i>Código Penal, aprobado mediante Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.</i>
<i>DOCE</i>	<i>Diario Oficial de las Comunidades Europeas</i>
<i>DOG</i>	<i>Diario Oficial de Galicia</i>
<i>EAG</i>	<i>Estatuto de Autonomía para Galicia</i>
<i>EDITUM</i>	<i>Ediciones de la Universidad de Murcia</i>
<i>EGAP</i>	<i>Escola Galega de Administración Pública</i>
<i>EUG</i>	<i>Editorial Universidad de Granada</i>

<i>EUNSA</i>	<i>Ediciones Universidad de Navarra, S.A.</i>
<i>FJ</i>	<i>Fundamento jurídico</i>
<i>IAAP</i>	<i>Instituto Aragonés de Administración Pública</i>
<i>ICDT</i>	<i>Instituto Colombiano de Derecho Tributario</i>
<i>IEF</i>	<i>Instituto de Estudios Fiscales</i>
<i>IGETI</i>	<i>Instituto Gallego de Estudios del Transporte y las Infraestructuras</i>
<i>INAP</i>	<i>Instituto Nacional de Administración Pública</i>
<i>LECR</i>	<i>Ley de enjuiciamiento criminal, de 14 de septiembre de 1882.</i>
<i>LJCA</i>	<i>Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.</i>
<i>LO</i>	<i>Ley orgánica</i>
<i>LRJPAC</i>	<i>Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, de 26 de noviembre de 1992</i>
<i>LTG</i>	<i>Ley 7/2011, de 27 de octubre, de turismo de Galicia.</i>
<i>MJ</i>	<i>Ministerio de Justicia</i>
<i>MP</i>	<i>Ministerio de Presidencia</i>
<i>OMT</i>	<i>Organización Mundial del Turismo</i>
<i>ONU</i>	<i>Organización de las Naciones Unidas</i>
<i>RAAP</i>	<i>Revista Aragonesa de Administración Pública</i>
<i>RAE</i>	<i>Real Academia Española</i>
<i>RADT</i>	<i>Revista Andaluza de Derecho Turístico</i>
<i>RAP</i>	<i>Revista de Administración Pública</i>
<i>REALA</i>	<i>Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica</i>

<i>REAT</i>	<i>Registro de Empresas y Actividades Turísticas</i>
<i>RECPC</i>	<i>Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología</i>
<i>REDA</i>	<i>Revista Española de Derecho Administrativo</i>
<i>REDC</i>	<i>Revista Española de Derecho Constitucional</i>
<i>REGAP</i>	<i>Revista Galega de Administración Pública</i>
<i>REJIE</i>	<i>Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa</i>
<i>REXURGA</i>	<i>Revista Xurídica Galega</i>
<i>RJCLM</i>	<i>Revista Jurídica de Castilla-La Mancha</i>
<i>RP</i>	<i>Revista Penal</i>
<i>SAN</i>	<i>Sentencia de la Audiencia Nacional</i>
<i>STC</i>	<i>Sentencia del Tribunal Constitucional</i>
<i>STEDH</i>	<i>Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i>
<i>STS</i>	<i>Sentencia del Tribunal Supremo</i>
<i>STSJC</i>	<i>Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña</i>
<i>STSJCL</i>	<i>Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León</i>
<i>STSJG</i>	<i>Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia</i>
<i>STSJIB</i>	<i>Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears</i>
<i>STSJLR</i>	<i>Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja</i>
<i>STSJM</i>	<i>Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid</i>
<i>STSJPV</i>	<i>Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco</i>
<i>STSJRM</i>	<i>Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia</i>
<i>TEAC</i>	<i>Tribunal Económico Administrativo Central</i>
<i>TC</i>	<i>Tribunal Constitucional</i>
<i>TEDH</i>	<i>Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i>

<i>TS</i>	<i>Tribunal Supremo</i>
<i>UA</i>	<i>Universidad de Alicante</i>
<i>UACH</i>	<i>Universidad Austral de Chile</i>
<i>UAM</i>	<i>Universidad Autónoma Metropolitana (México)</i>
<i>UC</i>	<i>Universidad Católica de Chile</i>
<i>UCLM</i>	<i>Universidad de Castilla-La Mancha</i>
<i>UCM</i>	<i>Universidad Complutense de Madrid</i>
<i>UHU</i>	<i>Universidad de Huelva</i>
<i>UGR</i>	<i>Universidad de Granada</i>
<i>ULL</i>	<i>Universidad de La Laguna</i>
<i>UNED</i>	<i>Universidad Nacional de Educación a Distancia</i>
<i>UNMSM</i>	<i>Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú)</i>
<i>UP</i>	<i>Universidad de Piura (Perú)</i>
<i>UR</i>	<i>Universidad del Rosario (Colombia)</i>
<i>USC</i>	<i>Universidad de Santiago de Compostela</i>
<i>USS</i>	<i>Universidad de San Sebastián (Chile)</i>
<i>UT</i>	<i>Universidad de Talca (Chile)</i>
<i>UV</i>	<i>Universidad de Valladolid</i>
<i>UVM</i>	<i>Universidad Viña del Mar (Chile)</i>

**BAREMO** (Del fr. *Barème*, y este de *B. F. Barrême*, 1638-1703, matemático francés). m.

1. Cuadro gradual establecido para evaluar los daños derivados de accidentes o enfermedades, o los méritos personales, la solvencia de empresas, etc.
2. Cuaderno o tabla de cuentas ajustadas.
3. Lista o repertorio de tarifas.<sup>1</sup>



---

<sup>1</sup> Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 23ª edición, Madrid, 2014. El significado de baremo como cuadro gradual de evaluación ha pasado desde la tercera acepción del diccionario de la RAE en su 22ª edición (año 2001), hasta la primera acepción de esta nueva edición, lo cual dice mucho de la importancia de los baremos como métodos para la graduación de los daños, méritos o sanciones durante los últimos 15 años.

## CAPÍTULO I – INTRODUCCIÓN: a modo de presupuestos

“El Derecho administrativo sigue siendo hoy, indiscutiblemente, una muralla contra la arbitrariedad, pero esa muralla presenta fisuras e, incluso brechas, bien visibles, zonas de no derecho que hacen imperfecta la protección que ofrece. Soldar esas fisuras y cerrar esas brechas es, sin duda, el reto de nuestro tiempo, la tarea preferente a la que tenemos que prestar nuestra atención y dirigir nuestro esfuerzo.”<sup>2</sup>

### I.1- Planteamiento de la hipótesis: disciplina turística y desconcentración administrativa.

La Ley 7/2011, de 27 de octubre, del turismo de Galicia<sup>3</sup> (en adelante LTG), en vigor desde el día 12 de diciembre de 2011, constituye un nuevo punto y aparte en el camino de la ordenación turística gallega<sup>4</sup>, iniciado en el año 1981 con la

---

<sup>2</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., De la arbitrariedad de la Administración, 4ª edición corregida, Civitas, Madrid, 2002, p. 102.

<sup>3</sup> Ley 7/2011, de 27 de octubre, del turismo de Galicia, publicada en el *Diario Oficial de Galicia* el 11 de noviembre (núm. 216, pág. 32964) y en el *Boletín Oficial del Estado* el 3 de diciembre (núm. 291, pág. 128971).

<sup>4</sup> A pesar de que una importante mayoría doctrinal, encabezada por el profesor BLANQUER CRIADO, rechaza la concepción de un Derecho turístico, contemplo esta disciplina más allá de una simple ordenación administrativa “vicaria de otras ramas del Derecho”. *Vid.* BLANQUER CRIADO, D., Derecho del turismo, *Tirant lo Blanch*, Valencia, 1999, pp. 21-30. Así, sobre la base del estatuto del turista, las peculiaridades de su relación con las empresas del sector, el régimen específico de los precios y las reservas, la ordenación de los establecimientos de alojamiento, restauración e intermediación turística, y las especialidades en materia de disciplina turística, advierto la existencia de una realidad que, cuando menos, merece la consideración de “grupo normativo”, es decir, “un bloque homogéneo de reglas jurídicas jerárquicamente articuladas y recíprocamente relacionadas, que regulan un determinado supuesto de hecho bajo idénticos criterios.” GONZÁLEZ NAVARRO, F., Derecho administrativo español, tomo I, 2ª edición, EUNSA, Pamplona, 1993, p. 748. Este “grupo

---

normativo” nace de la publicación del Derecho privado y se corresponde con uno de los principales sectores económicos de la industria española, sin perjuicio de su adscripción al Derecho administrativo y de la aplicación de principios y técnicas jurídicas propias de otras disciplinas con el fin de resolver cuestiones que trascienden a su ámbito objetivo. La “ley cabecera” de este grupo, en cada comunidad autónoma, será la correspondiente ley de turismo que, a modo de columna vertebral sobre el esqueleto, integrará jerárquicamente al resto de normas reglamentarias relacionadas con esta materia y ejercerá las funciones orientadora (fija los criterios de desarrollo e interpretación en todo el grupo), preservadora (otorga una mayor “resistencia” al grupo frente a la derogación) y economizadora (suple las “reiteraciones normativas” del resto de normas jurídicas por meras referencias a la ley). *Cfr.* GONZÁLEZ NAVARRO, F., *op. cit.*, pp. 745 y 746.

No obstante, para RAMALLO MIÑÁN “el *Derecho turístico* no es una rama del Ordenamiento Jurídico propia y autónoma, a pesar del surgimiento de su condición emergente dentro del ordenamiento jurídico” sino “una regulación jurídica de las actividades económicas privadas que surgen de los servicios turísticos utilizados por los usuarios particulares o grupales y sobre cuya actividad tiene potestad normativa y regulatoria la Administración pública en sus distintos estamentos jerárquicos”. Tal y como expone en su manual, el carácter multidisciplinar del turismo fundamenta la doble naturaleza de este derecho, “...esto es el Derecho Privado y el Derecho Público.” RAMALLO MIÑÁN, E., *Manual básico del Derecho turístico*, Tecnos, Madrid, 2013, p. 18.

BLANCO HERRANZ contempla el *Derecho del Turismo* más allá de un simple *grupo normativo* y, tras el análisis de cada una de las *leyes cabeceras* aprobadas por los diferentes parlamentos autonómicos, deduce un grupo de principios generales “positivados” que representan “los fundamentos reales y la esencia del actual ordenamiento turístico español”. Además, enuncia unos “principios decisivos” derivados de la Declaración de Manila sobre el Turismo Mundial (OMT-1980) y reconoce unos “valores materiales” derivados de la Constitución, que informan al sistema turístico y, por consiguiente, forman parte de su ordenamiento. Todos estos principios se caracterizan por tres notas: tienen carácter general, pertenecen al campo de la ordenación turística y constituyen el “núcleo fundamental” del especial “universo normativo del turismo en España”. En primer lugar distingue tres principios de ámbito internacional y comunitario: “la dimensión humana de la actividad”; su carácter instrumental “para la mejora de la calidad de vida de los pueblos”; y “su contribución a la paz y a la comprensión internacional”. A continuación enuncia los principios y fundamentos de carácter constitucional con proyección sobre las diferentes leyes turísticas autonómicas: algunos principios rectores de la política social y económica recogidos en el capítulo III, título I de la Constitución (*v. gr.*, derecho a un medio ambiente adecuado; derecho a la conservación del patrimonio histórico cultural y artístico de los pueblos de España y los bienes que lo integran; política de integración, disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos; y defensa de los consumidores y usuarios) y, junto a ellos, destaca el derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía del mercado recogido por el artículo 38 de la CE como un derecho de todos los ciudadanos (capítulo II del título I de la CE). Por último, como principios generales “positivados”, es decir, deducidos de las diecisiete leyes autonómicas de turismo, analiza los siguientes: principio de cooperación y colaboración interadministrativa en materia de política turística; principio del desarrollo sostenible; principio de competitividad y calidad turística; y principio de protección de las usuarias y usuarios turísticos. Para BLANCO HERRANZ estos *principios generales* constituyen “los puntos básicos del acuerdo social sobre el turismo y su desarrollo” por lo que se trata de “elementos clave de la organización turística” y, en consecuencia, “pueden ser calificados como una categoría jurídica sectorial, con relevancia y sustancia propias”, ya que “nutren y dotan al sistema jurídico de unidad y coherencia”. *Cfr.* BLANCO HERRANZ, *Los principios generales del Derecho del Turismo*, capítulo III del libro



---

El derecho del turismo en el Estado autonómico, dirigido por José Tudela Aranda, Cortes de Aragón, Zaragoza, 2006, pp. 109-141. Disponible en internet en la dirección: <http://www.derechoaragones.es/i18n/consulta/registro.cmd?id=396658>. Sobre la Organización Mundial del Turismo (OMT) y el Código ético mundial para el Turismo *vid. infra* nota a pie de pág. núm. 1102, dentro del capítulo IV, y la página web <http://www2.unwto.org/es/content/acerca-de-la-omt>

En cuanto al concepto de *ordenamiento jurídico*, de acuerdo con el diseño elaborado por GONZÁLEZ NAVARRO, que equipara el Derecho administrativo a la categoría de “conjunto jurídico” derivado de la dicotomía Derecho público – Derecho privado, se trata de un “producto cultural” y constituye una “estructura de estructuras”, es decir, una “totalidad solidaria” en la que se incluyen *conjuntos y subconjuntos jurídicos, grupos y subgrupos normativos y proposiciones moleculares y atómicas*. Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, F., *op. cit.*, pp. 745-746. Dicho esto, cuando nos referimos al Derecho administrativo español, ¿debemos ceñirnos al concepto de “conjunto jurídico” o podemos elevar esta disciplina a la categoría de ordenamiento? ¿Es que no se cumplen los elementos de unidad y coherencia propios de todo sistema jurídico? *Vid.* VILLAR PALASÍ, J.L., “Consideraciones sobre el sistema jurídico”, RAP, núm. 100-102, CEPC, enero/diciembre, 1983, pp. 520-544. Recordemos que SANTI ROMANO identificó al Estado con el concepto de ordenamiento jurídico, ya que éste trasciende a las normas que en él se integran y a sus características formales (“objetividad y sanción jurídica”), para identificarse con el marco social en el que surge, es decir, debe ser considerado “global y unitariamente” bajo el concepto de “institución” o “cuerpo social”. *Vid.* SANTI ROMANO, El ordenamiento jurídico, traducido por MARTÍN-RETORTILLO, S. y MARTÍN-RETORTILLO, L., CEPC, Madrid, 2013, pp.7-79. De acuerdo con esta tesis, Sebastián MARTÍN RETORTILLO propone una “rectificación” de la concepción orgánica del concepto de Administración pública, basada en el “sentido institucional” del concepto de ordenamiento jurídico, por lo que la Administración sería, “sencillamente, un ordenamiento jurídico” que se integra en el “ordenamiento superior del Estado” y del que forman parte otros ordenamientos “en cierto modo subordinados”. Cfr. SANTI ROMANO, *op. cit.*, p. XCII. Como describe este autor, la “tesis ordinamental” de SANTI ROMANO “ofrece explicación plena no sólo al problema del encuadramiento de la Administración dentro del Estado, sino también al de la inclusión –al de la «integración»– en ella de sus propios órganos, así como al de sus relaciones con los otros ordenamientos administrativos que en aquella convergen”. *Op. cit.*, p. XCIII. Esta concepción orgánica de la Administración como ordenamiento jurídico también es acogida por GARCÍA DE ENTERRÍA, para quien el ordenamiento jurídico administrativo es el Derecho de la Administración pública: “El Derecho administrativo constituye un *ordenamiento jurídico*. Concretamente, el ordenamiento jurídico-administrativo es la parte del ordenamiento jurídico general que afecta a la Administración Pública (...). Hay caracteres del Derecho que deben predicarse del ordenamiento y no de las normas; así la coactividad, o la justiciabilidad, o la idea de totalidad organizada (...). Es un error de la teoría positivista del Derecho reducir éste a simples normas e intentar concretar en ellas todos los caracteres del sistema jurídico.” GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., Curso de Derecho Administrativo, volumen II, 9ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 69 y 70. Sobre esta tesis y sin perjuicio de la aplicación del sistema general de fuentes previsto en el artículo 1.1 de nuestro Código civil, el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA desarrolló la doctrina sobre las especialidades del ordenamiento administrativo español. *Vid. op. cit.*, pp. 73-92. Por último, en relación con la consolidación de esta concepción subjetiva del Derecho administrativo, *vid.* DELGADO PIQUERAS, F., “Algunas aportaciones de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común al debate actual sobre la conceptualización de Derecho administrativo”, REDA, núm. 85, Civitas, 1995, pp. 27-47.



aprobación del Estatuto de Autonomía para Galicia<sup>5</sup> y seguido por la Ley 6/1992, de 26 de junio, de disciplina turística<sup>6</sup>; la Ley 9/1997, de 21 de agosto, de ordenación y promoción del turismo en Galicia<sup>7</sup>, modificada por la Ley

---

<sup>5</sup> La Comunidad Autónoma de Galicia tiene competencias exclusivas en materia de ordenación y promoción del turismo, de conformidad con los artículos 148.1.18 de la Constitución española y 27.21 de su Estatuto de Autonomía, aprobado mediante Ley orgánica 1/1981, de 3 de abril, y publicado en el *Boletín Oficial del Estado* el 28 de abril (núm.101, pág. 8997) y en el *Diario Oficial de Galicia* el 1 de octubre (núm. 24, pág. 1). Sobre la consolidación del Estado autonómico, la construcción de la autonomía de Galicia y el régimen jurídico de sus competencias, *vid.* CARBALLEIRA RIVERA, T., “Perspectivas de consolidación del Estado autonómico”, REALA, núm. 269, 1996, pp. 153-162; BLANCO VALDÉS, R., *A construcción da autonomía galega 1981-2007*, EGAP, Santiago de Compostela, 2008; y LÓPEZ PORTAS, B., *El sistema competencial de Galicia: autonomía y federalismo*, EGAP, Santiago de Compostela, 2008

<sup>6</sup> Ley 6/1992, de 26 de junio, de disciplina turística, publicada en el *Diario Oficial de Galicia* el 7 de julio (núm. 129, pág. 5596) y en el *Boletín Oficial del Estado* el 14 de octubre (núm. 247, pág. 34616). Tal y como describe el legislador en la exposición de motivos, a diferencia de las leyes posteriores que regularon el sector de forma más generalizada (organización y competencias de la Administración turística; promoción de los recursos y la calidad turística; ordenación de las empresas y actividades turísticas; políticas de fomento del turismo; etc.), para lograr un alto nivel de calidad que redunde en el descanso, bienestar y en una buena relación calidad-precio, como factores determinantes para inducir en la elección de Galicia como destino turístico, utiliza la disciplina turística como medio para concienciar a todas las personas responsables del sector turístico “con la finalidad de que los servicios ofertados sean de la calidad exigible hoy en día, lo que hará más adecuada la promoción de Galicia y consecuentemente su competitividad en los mercados. (...). De esta forma, de conformidad con los arts. 25 y 53 de la Constitución española, que establecen el principio de legalidad sancionadora aplicable, no sólo en el ámbito de los delitos (...), sino también en el de las infracciones administrativas, y considerando que sólo por ley podrá regularse el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del título primero, respectivamente, es conveniente la regulación por ley formal de la materia sancionadora de turismo en el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia.”

<sup>7</sup> Ley 9/1997, de 21 de agosto, de ordenación y promoción del turismo en Galicia, publicada en el *Diario Oficial de Galicia* el 1 de septiembre (núm.167, pág. 8367) y en el *Boletín Oficial del Estado* el 3 de octubre (núm. 237, pág. 28954).

10/2004, de 2 de noviembre<sup>8</sup>; y la Ley 14/2008, de 3 de diciembre de turismo de Galicia<sup>9</sup>, derogada por la vigente LTG.<sup>10</sup>

De acuerdo con el principio de desconcentración, todas las normas anteriores (desde la Ley 6/1992 de disciplina turística, hasta la Ley 7/2011) han atribuido la competencia para resolver los expedientes sancionadores por infracciones de carácter leve a los órganos territoriales de cada provincia<sup>11</sup>. Así las cosas,

---

<sup>8</sup> Ley 10/2004, de 2 de noviembre, publicada en el *Diario Oficial de Galicia* el 17 de noviembre (núm. 224, pág. 15473) y en el *Boletín Oficial del Estado* el 3 de diciembre (núm. 291, pág.40153).

<sup>9</sup> Ley 14/2008, de 3 de diciembre, de turismo de Galicia, publicada en el *Diario Oficial de Galicia* el 19 de diciembre (núm. 246, pág. 22642) y en el *Boletín Oficial del Estado* el 16 de marzo (núm. 64, pág. 25692).

<sup>10</sup> La ordenación turística constituye el germen de la disciplina e inspección turística. En España nace con la creación del Ministerio de Información y Turismo (1951), a mediados del siglo pasado. Con anterioridad, a principios de siglo, se aplicaron políticas de promoción y fomento del turismo pero, realmente, no podemos hablar de ordenación hasta la entrada en vigor del Decreto 231/1965, de 14 de enero, por el que se aprueba el Estatuto ordenador de las empresas y actividades turísticas privadas, vigente hasta el 5 de febrero de 2010. Para profundizar en esta materia, *vid.* FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Derecho administrativo del turismo*, 4ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 98 y ss.; CORCHERO, M., *Derecho del turismo*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 40 y ss. ROCA ROCA, E., CEBALLOS MARTÍN, Mª M., PÉREZ GUERRA, R., *Código de Turismo*, 3ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2007; CALONGE VELÁZQUEZ, A., *El turismo. Aspectos institucionales y actividad administrativa*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial (UV), Valladolid, 2000, p. 155 y ss. BLANQUER CRIADO, D., *op. cit.*, pp. 273 y ss.; BERMEJO LATRE, J.L., *La policía del turismo*, capítulo XII del libro *El derecho del turismo...* cit., pp. 444-472; VÁZQUEZ CASTIÑEIRAS, S., “Turismo y actividad inspectora”, *Turismo y Territorio*, IGETI, núm. 1, 2008, pp. 53 y ss.; “La política turística en España y Portugal”, *Cuadernos de Turismo*, EDITUM, núm. 30, 2012, pp. 9 y ss. RAMALLO MIÑÁN, E., *Manual básico...*, cit., pp. 24-42, y “La voz de la élite normativa turística: Inspección turística. El caso gallego”, *Pasos, Revista de Turismo y Patrimonio Cultural*, ULL, Volumen 13, núm. 1, enero 2015, p.251-260. En palabras del profesor CALONGE VELÁZQUEZ, “la promoción ha sido la primera y más importante actividad que desarrolló la Administración pública durante muchos años en relación al turismo. (...) Por otro lado, a medida que se incrementó la importancia del turismo se pasó a su ordenación, que centramos en el régimen jurídico de las empresas calificadas como turísticas”.

<sup>11</sup> La desconcentración administrativa como principio informador de las administraciones públicas se recoge en el artículo 103.1 de la Constitución española y, con carácter básico, en el artículo 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y de procedimiento administrativo común, (BOE núm. 285, de 27/11/1992). Se trata de un principio organizativo propio de sistemas administrativos sometidos a relación jerárquica, es

entre los años 2002 y 2012, sólo en la provincia de Pontevedra se han resuelto una media de 74 expedientes sancionadores al año por infracciones en materia turística de carácter leve<sup>12</sup>. De la misma forma, se han tramitado otros tantos

---

decir, de estructura piramidal. Su aplicación conlleva el traspaso de competencias de los órganos superiores a los inferiores, hasta llegar a los órganos que conforman la base de la pirámide administrativa. De esta distribución se deducen dos modalidades, funcional y territorial. Mientras que la desconcentración funcional se produce entre órganos con distinto grado jerárquico y competencia en un mismo territorio, la territorial se lleva a cabo entre órganos de distinto grado jerárquico y ámbito territorial. Parte de la doctrina denomina este principio como “descentralización burocrática”, en contraposición con la “descentralización autárquica” (descentralización en sentido estricto). No obstante, considero dicho término contrario al carácter interorgánico de la desconcentración y susceptible de generar confusión en el lector. Por otra parte, para el caso que nos ocupa, la desconcentración no es absoluta o excluyente porque admite una fiscalización en vía administrativa por el superior jerárquico a través del recurso de alzada. Sobre este principio *vid.* DE LA VALLINA VELARDE, J.L., “La desconcentración administrativa”, RAP, núm. 35, CEPC, mayo/agosto 1961, pp. 75-138; GARCÍA MARTÍNEZ, E., “La desconcentración de funciones y los recursos administrativos ordinarios”, RAP, núm. 45, CEPC, septiembre/diciembre 1964, pp. 245-252; GALLEGO ANABITARTE, A., “Transferencia y descentralización. Delegación y desconcentración. Mandato y gestión o encomienda. Teoría jurídica y Derecho positivo”, RAP, núm. 122, CEPC, mayo/agosto 1990, pp. 7-102; PALOMAR OLMEDA, A., La organización administrativa: tendencias y situación actual, Comares, Granada, 1998, p. 102; MORELL OCAÑA, L., Curso de Derecho administrativo, Tomo I, 4ª edición, Aranzadi, Madrid, 1999, pp. 339 y ss.; PARADA VÁZQUEZ, J.R., Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), 2ª edición, Marcial Pons, Barcelona, 1999, p. 108; PAREJO ALFONSO, L., Derecho administrativo, instituciones generales: bases, fuentes, organización y sujetos, actividad y control, Ariel Derecho, Barcelona, 2003, p. 408; SANTAMARÍA PASTOR, J.A., Principios de Derecho Administrativo General, tomo I, Iustel, Madrid, 2004, pp. 65 y 451; GONZÁLEZ NAVARRO, F. y GONZÁLEZ PÉREZ, J., Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre), tomo I, 4ª edición, Thomson Civitas, Pamplona 2007, p. 690 y ss.; ORTEGA ÁLVAREZ, L., “La pluralidad de administraciones y las técnicas organizativas”, Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo, Tomo II, Iustel, Madrid 2009, lección 2, pp. 49 y 50; GORDILLO, A., Tratado de Derecho administrativo, tomo I Parte general, 10ª edición, Fundación de Derecho Administrativo, 2009, p. XII-13; SÁNCHEZ MORÓN, M., Derecho administrativo parte general, 8ª edición, Tecnos, Madrid, 2012, pp. 85 y ss.; COSCULLUELA MONTANER, L., Manual de Derecho administrativo parte general, 23ª edición, Civitas, 2012, p.167.

<sup>12</sup> Esta media se realizó sobre la base de los siguientes números de expedientes sancionadores incoados en la provincia de Pontevedra, desde el año 2002 hasta 2012, por infracciones leves en materia turística: año 2002, 62 expedientes; año 2003, 90 expedientes; año 2004, 159 expedientes; año 2005, 93 expedientes; año 2006, 78 expedientes; año 2007, 72 expedientes; año 2008, 77 expedientes; año 2009, 25 expedientes; año 2010, 41 expedientes; año 2011, 12 expedientes; y año 2012, 34 expedientes (fuente: *sistema de gestión de procedimientos administrativos*, Xunta de Galicia). Para conocer los tipos de infracciones más comunes cometidas en las distintas modalidades de establecimientos y actividades turísticas de nuestra

expedientes sancionadores en esta materia por la Administración turística a través de los demás órganos territoriales de la agencia pública Turismo de Galicia<sup>13</sup>.

La desconcentración otorga claras ventajas a los ciudadanos frente a las administraciones públicas que, de esta forma, aproximan sus centros de gestión y decisión al lugar donde se encuentran los problemas a resolver, con el consiguiente incremento de su confianza en la gestión pública.<sup>14</sup>

---

comunidad, *vid.* RAMALLO MIÑÁN, E., *op. cit.* pp. 258-259 y VÁZQUEZ CASTIÑEIRAS, S., *op. cit.*, p 61.

<sup>13</sup> Hasta el año 2012 la Administración turística autonómica se configuró como órgano administrativo (unas veces como dirección general, otras como secretaría general), adscrito a la consellería competente por razón de la materia (cultura, economía, industria, presidencia). La dirección o secretaría general tenía órganos periféricos en cada una de las cuatro provincias gallegas. En este año, al amparo de la disposición adicional cuarta de la LTG, se creó la agencia Turismo de Galicia como nuevo organismo público que asume las competencias en materia de ordenación y promoción del turismo en Galicia. Constituida dentro del primer trimestre del 2013, tiene naturaleza de agencia pública autonómica, de conformidad con el artículo 74 de la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración General y del sector público autonómico de Galicia, publicada en el *Diario Oficial de Galicia* el 31 de diciembre (núm. 251, pág. 21510) y sus estatutos fueron aprobados mediante Decreto 196/2012, de 27 de septiembre, publicado en el *Diario Oficial de Galicia* el 9 de octubre (núm. 193, pág. 38646). Sobre el origen y evolución de la Administración turística *vid.* BLANQUER CRIADO, D., *op. cit.*, pp. 105 y ss.

<sup>14</sup> La principal ventaja derivada de los principios de descentralización y desconcentración es el mayor grado de eficacia y agilidad en la tramitación de los procedimientos, con la consiguiente descongestión de la jerarquía administrativa y el aumento de la responsabilidad de los funcionarios y autoridades competentes a la hora de tramitar y resolver los expedientes. Así, el diccionario jurídico de Aranzadi describe la desconcentración como método adecuado para conseguir la mejor satisfacción de los intereses públicos y una mayor cercanía con los ciudadanos; Diccionario jurídico, Aranzadi, 6ª edición, Pamplona, 2012, p. 268. En el lado opuesto está la concentración de competencias que para PAREJO ALFONSO produce congestión en su ejercicio, sobrecarga de trabajo y disfunción de la actividad administrativa. *Cfr.* PAREJO ALONSO, L., *op. cit.*, p. 408. En su estudio sobre la desconcentración administrativa, publicado en la RAP de 1961, DE LA VALLINA VELARDE cita a SANTI ROMANO (“*Decentramento administrativo*”, *Enciclopedia giuridica italiana*, 1911), para señalar que “un Estado que pretendiese realizar a través de sus órganos centrales toda su actividad, sería algo parecido a un monstruoso hombre con sólo cabeza y carente de los restantes miembros”. *Cfr.* DE LA VALLINA VELARDE, J. L., *op cit.*, p. 81.

Sin embargo, a medida que se produce esta aproximación surgen ciertos vicios que deberíamos corregir, ya que podrían solapar las bondades de este principio organizativo.<sup>15</sup> Los defectos más habituales se asocian a la desconcentración territorial, es decir, la distribución de competencias entre los órganos periféricos de una misma Administración<sup>16</sup>, tal y como ocurre en las

---

<sup>15</sup> De ahí que la mayoría de los autores citados (nota 8) apunten la necesidad de someter al control de los órganos superiores el ejercicio de la competencia por los órganos inferiores, sin detrimento de sus beneficios. “No puede formularse en contra el argumento de que con tal tesis se desvirtúa la finalidad esencial de la desconcentración, de lograr una mayor rapidez y eficacia en la acción administrativa, pues no puede olvidarse que en todo caso rige como principio la presunción de legitimidad de todo acto emanado de la Administración, y por ello son éstos inmediatamente ejecutivos y normalmente producen efecto desde la fecha en que se dicten (...), sin que la interposición de cualquier recurso tenga efecto suspensivo sobre el acto impugnado”. GARCÍA MARTÍNEZ, E., *op. cit.*, p. 250.

<sup>16</sup> Vid. *Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, comentada por letrados da Xunta de Galicia*, edita Asociación de letrados da Xunta de Galicia, 2ª edición, Santiago de Compostela, 2007, pp. 55 y 100. Como principio informador del régimen jurídico de todas las administraciones públicas, la desconcentración otorga fundamento a la existencia de la Administración periférica sobre la central, sin embargo, dicho reparto no vacía de competencias a los órganos superiores ya que deben controlar la actuación de los órganos desconcentrados “... por medio dos instrumentos que a súa preeminencia xerárquica lles outorga”. Por otra parte, como técnica de transferencia competencial, el comentario a raíz del artículo 12 de la ley distingue entre *transferencia intersubjetiva* o descentralización administrativa, la cual se produce entre distintos entes públicos (dotados de personalidad jurídica propia) y *transferencia interorgánica* o desconcentración administrativa, que se lleva a cabo entre órganos jerárquicamente dependientes de una misma Administración pública (con personalidad jurídica única). En esta línea, GALLEGO ANABITARTE propuso la utilización de los términos “transferencia” para los traslados de competencias entre personas jurídicas (del Estado a las comunidades autónomas, por ejemplo), “delegación de competencias” en los casos de traslado interorgánico de competencias (desconcentración administrativa) y “mandato o encargo jurídico público” para el ejercicio de competencias por órganos que no ostenten su titularidad (delegación administrativa). Cfr. GALLEGO ANABITARTE, A., *op. cit.* p. 49 y anexo. Por último, GONZÁLEZ NAVARRO, F. distingue entre *capacidades* y *competencias*, de manera que las primeras se refieren a los *finés* que persigue la persona jurídica y las segundas a las *facultades* atribuidas a los órganos administrativos que forman parte de su estructura. Sobre esta distinción, la transferencia de funciones tiene siempre carácter intersubjetivo (“transferencias de capacidad”), mientras que el traspaso de funciones tiene carácter interorgánico (“transferencia de competencias”), cfr. *op. cit.*, pp. 654, 688 y 689.



resoluciones de los procedimientos por infracciones leves en materia turística dictadas por los órganos de las diferentes provincias de Galicia.<sup>17</sup>

Me refiero a una posible disparidad de criterios en las resoluciones de una misma categoría de expedientes, lo cual se produce, con mayor frecuencia y gravedad, en el ámbito sancionador. Prueba de ello son las diferencias cuantitativas existentes entre las multas impuestas, en materia turística, por una misma conducta infractora de carácter leve, en función de la provincia donde se cometa.<sup>18</sup>

Dada mi condición de empleado público al servicio de la Administración turística gallega y a la vista de estos antecedentes, realizo este trabajo de investigación para analizar uno de los dilemas más graves relacionados con las técnicas de transferencia competencial: la desigualdad de trato a los ciudadanos en las decisiones de las administraciones públicas.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> En línea con las leyes antecedentes, el artículo 119 de la LTG otorga la competencia para imponer las sanciones por comisión de infracciones leves a las personas titulares de las jefaturas territoriales competentes en materia de turismo. No obstante, la creación de la agencia pública Turismo de Galicia, mediante Decreto 196/2012, de 27 de septiembre, contempla la *descentralización funcional* en favor de sus órganos de las competencias atribuidas por la normativa sectorial vigente en materia de turismo a las jefaturas territoriales. En consecuencia y a falta de la constitución de este nuevo organismo público, parece que esta competencia recaerá en las áreas provinciales de la agencia.

<sup>18</sup> Comparto con ARIÑO ORTIZ la idea de contribuir a la elaboración de un “*Derecho administrativo que mire hacia delante*” y, por consiguiente, se ocupe de las “demandas actuales de nuestra sociedad”, ya que este ordenamiento “no es una creación pacífica y lógica de la razón, sino una respuesta al reto social”. Cfr. ARIÑO ORTIZ G., “Sobre el estudio y comprensión del Derecho público. Guía para su estudio”, REJIE, núm. 6, junio 2012, pp. 9-10. Artículo disponible en internet: <http://www.eumed.net/rev/rejie/06/rejie6.pdf> (pp. 9-26).

<sup>19</sup> Recordemos la importancia cuantitativa y cualitativa del Turismo en la economía nacional, ya que constituye más del 10% del producto interior bruto de España y, además, contribuye a “...capear el temporal de las crisis económicas, inducir empleo y en casos como el del medio

El único medio a disposición del ciudadano para defenderse de una posible disparidad de criterios es la impugnación del acto administrativo a través del recurso correspondiente<sup>20</sup>; primero el recurso administrativo ordinario de

---

rural, jugar un importante papel como instrumento de reorientación funcional y dinamización social de espacios en declive.” CALLIZO SONEIRO, J. y LACOSTA ARAGÜÉS, A.J., “Un estudio tipológico de los recursos turísticos”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, IAAP, Gobierno de Aragón, núm. extra 3, Régimen jurídico de los recursos turísticos, 1999, pp. 19-76.

<sup>20</sup> Sobre los desequilibrios del sistema de recursos en el Derecho administrativo español, basados en la presunción de validez de los actos administrativos, sus excesos en favor de la Administración y su reciente evolución legislativa y jurisprudencial *vid.* GARRIDO FALLA, F. y FERNÁNDEZ PASTRANA, J.M., Régimen jurídico y procedimiento de las administraciones públicas (Un estudio de las leyes 30/1992 y 4/1999), 3ª edición, Civitas, Madrid, 2000, pp. 267 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, J. A, Principios de Derecho Administrativo General, tomo II, Iustel, Madrid, 2004, pp. 623 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *op. cit.* pp., 525 y ss.; SÁNCHEZ MORÓN, M., *op. cit.*, pp. 832 y ss.; COSCULLUELA MONTANER, L., *op. cit.*, p. 326, en relación con los privilegios de la Administración, y pp. 461 y ss., sobre los recursos administrativos; GONZÁLEZ NAVARRO, F. y GONZÁLEZ PÉREZ, J., *op. cit.*, pp. 2592 y ss.; GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., “Recursos contra denegaciones presuntas por silencio administrativo”, RAP núm. 110, mayo/agosto 1986, pp. 31 y ss. y “El recurso de alzada y el silencio administrativo negativo”, REDA, núm. 58, Civitas, 1988, pp. 279-286; RIVERO YSERN, J.L., “Vía administrativa de recurso y justicia administrativa”, REDA, núm. 75, Civitas, 1992 pp. 381-398; TENA PIAZUELO, V., “La tutela judicial en riesgo por indebida aplicación por los tribunales del sistema de recursos administrativos. A propósito de la peculiar sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, sección 2ª de la sala de lo contencioso-administrativo, núm. 302 de 1992, de 18 de mayo, y de la providencia del Tribunal Constitucional de 26 de octubre de 1992”, REDA, núm. 81, Civitas, 1994, pp. 133-145; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La inexistencia de plazo para recurrir el silencio administrativo en vía contencioso-administrativa. Derogación del artículo 46.1 de la ley de jurisdicción de 1998 (RCL 1998, 1741). Un auto de la sección 5ª de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 25 de noviembre de 1999 (Recurso 261/1999)”, REDA, núm. 105, Civitas, 2000, pp. 127-133; PÉREZ ANDRÉS, E.M., “Una sentencia trascendental sobre la inexistencia de plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo frente al silencio administrativo negativo”, RAP núm. 164, CEPC, mayo/agosto 2004, pp. 201 y ss.; REBOLLO PUIG, M., “La presunción de validez”, REDA, núm. 128, Civitas, 2005, pp. 587-638; TARDÍO PATO, J.A., “Prescripción de pretensiones y caducidad del plazo de interposición de los recursos administrativos y contencioso-administrativos: el argumento de la especialidad.”, REDA, núm. 129, Civitas, 2006, pp. 29-76; NIETO GARRIDO, E., “Silencio administrativo y acceso a la jurisdicción en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, RAP núm. 170, CEPC mayo/agosto 2006, pp. 191-200; BRIONES GONZÁLEZ, J., “¿Puede la Administración impunemente utilizar el silencio y el tiempo en el trámite de recurso contra sanciones administrativas? Algunas reflexiones y comentarios a la doctrina legal contenida en la sentencia de la sección cuarta de la sala tercera del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2004 reiterada en la sentencia de la sección cuarta de la misma sala tercera de 7 de junio de 2005”, REDA, núm. 133, Civitas, 2007, pp. 177-192; GÓRRIZ GÓMEZ, B., “Sobre la prescripción de las infracciones en vía de recurso (a propósito de las SSTs de 15 de diciembre de 2004 y 22 de

alzada, a resolver por la autoridad gubernativa de la Administración central, y posteriormente, el recurso contencioso-administrativo en vía judicial.<sup>21</sup>

Por esta razón debemos enfrentar el problema con carácter previo a su manifestación, es decir, desde su origen y no desde su consecuencia, de manera que podamos adoptar medidas para corregirlo y, de esta forma, logremos evitar los perjuicios derivados de su impugnación por los ciudadanos, ya en vía administrativa, ya en vía judicial.

---

septiembre de 2008), *Noticias Jurídicas*, julio, 2011. Artículo disponible en internet: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4678-sobre-la-prescripcion-de-las-infracciones-administrativas-en-via-de-recurso/>

Debido al abuso de este sistema por las administraciones públicas, como instrumento para impedir el libre acceso de los ciudadanos a la jurisdicción contencioso-administrativa y dilatar en el tiempo el reconocimiento y efectividad de sus legítimas pretensiones, la mayoría de la doctrina lo considera un privilegio contrario al principio de igualdad y solicita una reforma dirigida a su simplificación en un único recurso de carácter potestativo. Así, los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ critican la vía administrativa de recurso porque, sin perjuicio de su carácter garantista, constituye un “auténtico privilegio para la Administración y, correlativamente, una carga efectiva para el administrado”, *cfr. op. cit.* p. 525. Ambos autores reconocen el fenómeno de la “procesalización” del procedimiento de tramitación de los recursos administrativos, sin embargo, niegan tajantemente su naturaleza de jurisdicción por la parcialidad de la Administración a lo largo de todo el procedimiento (*nemo iudex in causa sua*): “La doble condición de juez y parte que reúne la Administración al conocer de los recursos que se interponen ante ella hace surgir, necesariamente, una tensión irreductible: por una parte, el recurso debe fundarse en Derecho (...), pero por otra parte, la resolución del mismo tiende a escapar de los estrechos límites a los que debe contraerse la decisión de un debate jurídico”. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *op. cit.*, p. 527. Sin embargo, GARRIDO FALLA adujo que una “mala práctica administrativa” no debería poner en duda las posibilidades del recurso administrativo como vía para liberar al ciudadano de los costes de un largo proceso contencioso-administrativo y abogó por “establecer la condena en costas para la Administración que aplique el silencio administrativo a un recurso bien fundado o que lo desestime, como regla, temerariamente.” *Cfr.* GARRIDO FALLA, F. y FERNÁNDEZ PASTRANA, J.M., *op cit.*, pp. 268 y 269.

<sup>21</sup> Dado que los órganos competentes para resolver los expedientes sancionadores de carácter leve en materia turística no agotan la vía administrativa (los titulares de las áreas de cada provincia), la resolución del recurso de alzada se atribuye al superior jerárquico correspondiente que, de esta forma revisa la actuación administrativa previamente desconcentrada en sus subordinados. *Vid. supra* nota a pie de pág. núm. 15.



Entonces, ¿cuál es la cuestión?, o, dicho en otros términos, ¿es la desconcentración el único elemento responsable de esta posible disimilitud en las resoluciones administrativas de carácter sancionador?

En primer lugar, considero que la desconcentración territorial no es, ni mucho menos, el elemento causal de una posible disparidad de criterios sino sólo un sistema de distribución competencial que, a lo sumo, podría acentuar estos defectos entre los órganos de la Administración periférica.

Rechazado el nexo causal con la desconcentración, mi hipótesis parte de los propios criterios de graduación empleados por los órganos territoriales y el carácter subjetivo de la determinación sancionadora en cada uno de los expedientes<sup>22</sup>. Así, entiendo que una mayor o menor ausencia de criterios y la falta de rigor en su interpretación y aplicación, especialmente a la hora de elegir una concreta sanción, podría ser el motivo de diferentes resoluciones ante hechos y circunstancias semejantes.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> Considero que el origen del problema se debe a una combinación de dos circunstancias: órganos instructores diferentes en cada área provincial que utilizan distintos criterios a la hora de graduar la sanción en cada uno de los expedientes sancionadores incoados por infracciones administrativas de carácter leve.

<sup>23</sup> En términos más generalizados, considero muy significativa la descripción que el profesor BELTRÁN DE FELIPE hace de “la situación del poder sancionador en España”. Vid. BELTRÁN DE FELIPE, M., “Realidad y constitucionalidad en el Derecho administrativo sancionador (I)”, *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, núm. 39, 2005, pp. 60-71. Por su relación directa con la falta de rigor y el abuso de la discrecionalidad administrativa en el ejercicio de la potestad sancionadora, reproduzco el siguiente párrafo que, además, denuncia la vulneración de dos principios básicos para la fundamentación de mi trabajo, la igualdad y la justicia: “La opción seguida por la Administración de desatender la aplicación de las normas sancionadoras, o de aplicarlas selectivamente conforme a criterios desconocidos, además de estar muy lejos de cualquier idea de justicia, es socialmente regresiva, y jurídicamente incompatible con la idea de igualdad y de equidad.” BELTRÁN DE FELIPE, M., *op. cit.*, p. 69.

En el año 1975, el profesor TORNOS MAS publicó un trabajo de investigación sobre las posibilidades de control por la jurisdicción contencioso-administrativa de las operaciones de determinación sancionadora, en el que señala el carácter trascendental de los criterios utilizados para su graduación, ya que, según el autor, constituyen una positivización del principio de proporcionalidad<sup>24</sup>.

Sobre dichos criterios, TORNOS MAS declara la incapacidad normativa para predeterminar la sanción específica a cada falta o infracción, reconoce “un margen de indeterminación en la relación infracción-sanción” a favor de las administraciones públicas y clasifica las normas sancionadoras en dos niveles: un primer grupo caracterizado por lograr una estrecha relación entre infracción y sanción, y un segundo grupo en que la concreta sanción “no puede deducirse imperativamente de la norma legal”.<sup>25</sup>

¿Quiere esto decir que las normas del segundo grupo otorgan potestad a la Administración para determinar libremente la sanción? En consonancia con este autor, creo que la respuesta reside en la discrecionalidad administrativa como técnica para graduar las sanciones que, aunque no otorga al órgano

---

<sup>24</sup> Vid. TORNOS MAS, J., “Infracción y sanción administrativa: el tema de su proporcionalidad en la jurisprudencia contencioso-administrativa”, REDA, núm. 7, Civitas, 1975, pp. 607-624. El autor examina la evolución del principio de proporcionalidad en un total de 150 sentencias del Tribunal Supremo, dictadas entre los años 1957 y 1974, que fueron seleccionadas mediante las siguientes voces: funcionarios, orden público, prensa, principios generales, potestad sancionadora y sanciones.

<sup>25</sup> Este grupo se compone de dos clases de normas: las que prevén diferentes sanciones para un mismo tipo de infracción y aquellas en que la sanción concreta oscila entre un mínimo y un máximo, como así ocurre, por ejemplo, en las multas de la ordenación turística de Galicia. Cfr. TORNOS MAS, J., *op. cit.*, pp. 607-624.

competente una total libertad de determinación, sí le reconoce una libre apreciación de los criterios recogidos en la norma correspondiente. Así, la doctrina define a la discrecionalidad como aquella “facultad que tiene la Administración de adoptar una decisión en función de unos criterios que debe tener en cuenta pero sin que venga específicamente predeterminada por la ley”.<sup>26</sup>

Esta potestad no es absoluta o plena, porque la Administración no puede incurrir en arbitrariedad<sup>27</sup>, sin embargo, la vigente LJCA reconoce este poder de decisión<sup>28</sup> y lo atribuye en exclusividad a las administraciones públicas: “Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados.”

---

<sup>26</sup> “Discrecionalidad”, Diccionario jurídico de Aranzadi, *op. cit.*, p. 280. No es mi propósito profundizar en el análisis del control judicial de la discrecionalidad administrativa en este trabajo sino en su posible contracción dentro del ámbito administrativo, es decir, con carácter previo a su ejercicio, por lo que me acojo a una definición *positiva* de la discrecionalidad, es decir, desde la perspectiva de la Administración pública y no desde una óptica jurisdiccional. Así, de acuerdo con la tesis del profesor BACIGALUPO, la discrecionalidad resulta un “margen o libertad de actuación derivada de la ausencia de *normas de conducta*, dirigidas a la Administración”. BACIGALUPO SAGGESE, M., La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución), Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 26 y 27. No obstante, tal y como analizaré a lo largo de mi investigación, considero a las teorías *reduccionistas* de la discrecionalidad las más idóneas para defender la creación de un baremo como escala para la determinación de las sanciones administrativas, porque sólo reconocen como decisiones discrecionales, en sentido estricto, aquellas que actúan sobre las consecuencias jurídicas y no sobre los supuestos de hecho normativos.

<sup>27</sup> El artículo 9.3 de nuestra Constitución garantiza la interdicción de la arbitrariedad de todos los poderes públicos.

<sup>28</sup> Artículo 71.2 de la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, (BOE núm. 167, de 14/07/1998).

Llegado a este punto, el profesor TORNOS MAS se pregunta por los principios que podrían regular la discrecionalidad administrativa y, en búsqueda de una respuesta, acude al Derecho penal, dado que si son partícipes de “una misma naturaleza”, deberán inspirarse en unos mismos principios generales.<sup>29</sup> Una vez allí, encuentra el principio de proporcionalidad<sup>30</sup> como garantía del control judicial de la discrecionalidad.<sup>31</sup> Su vulneración, en el ámbito penal y en el administrativo, constituye un error de derecho y no de hecho, por consiguiente, las resoluciones deben respetar dicho principio y el juicio de proporcionalidad puede ser sometido a control por parte de la jurisdicción competente. En la actualidad, el ordenamiento jurídico administrativo reconoce a la proporcionalidad como principio específico de la potestad sancionadora.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> La reducción de lo discrecional permite un posterior control jurisdiccional y, para ello, el autor propone la aplicación de los principios generales del Derecho y de los conceptos jurídicos indeterminados, ya que estos últimos sólo admiten una decisión válida para cada supuesto. Cfr. TORNOS MAS, J., *op. cit.*, pp. 607-624.

<sup>30</sup> Por su relación directa con los criterios para la determinación de la sanción, el principio de proporcionalidad trasciende los presupuestos de este trabajo, razón por la que es analizado con mayor profundidad en capítulos posteriores.

<sup>31</sup> Así las cosas, el principio de proporcionalidad obliga a adecuar la sanción administrativa a la gravedad del ilícito, reduciendo la libertad de la Administración en la determinación de la sanción. Para este autor, si la Administración violase la proporcionalidad entre el supuesto infractor y la sanción impuesta al sujeto, el órgano judicial tendría capacidad para imponer la sanción más adecuada para esa infracción.” Cfr. TORNOS MAS, J., *op. cit.*, pp. 607-624. Como expondré más adelante, en el capítulo tercero de esta tesis, el reconocimiento de potestad al órgano judicial para sustituir la decisión administrativa previamente anulada no es ni mucho menos pacífica en la doctrina administrativista, donde los autores se dividen entre aquellos que la consideran una injerencia del poder judicial, esto es, una competencia ajena a la potestad jurisdiccional, y los que predicán dicha posibilidad sobre la base del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el artículo 24 de la Constitución.

<sup>32</sup> El artículo 131 de la LRJPAC dispone el principio de proporcionalidad en el ámbito sancionador con carácter básico para todas las administraciones públicas.

El arbitrio judicial es al Derecho penal, lo que la discrecionalidad al Derecho administrativo, es decir, una “facultad que la ley concede a los jueces para que, en determinados supuestos, decida qué opción, entre varias posibles de la norma se adecua mejor a las circunstancias del caso sometido a su poder de decisión”<sup>33</sup>.

En efecto, a pesar del vigor del principio de legalidad en el ámbito penal<sup>34</sup>, las decisiones de jueces y tribunales también guardan un cierto arbitrio en la determinación de las penas que, no obstante, deberá respetar los límites establecidos por la ley y no incurrir, bajo ningún pretexto, en arbitrariedad<sup>35</sup>. Además, tal y como dispone el artículo 120.3 CE, las sentencias judiciales “serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública”<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> Diccionario jurídico de Aranzadi, *op. cit.*, p. 89. El arbitrio judicial penal y la discrecionalidad administrativa, tal y como sucede con el principio de proporcionalidad, serán tratados con mayor profundidad en el presente trabajo, dentro de sus respectivos epígrafes.

<sup>34</sup> En el prólogo de una reciente edición del libro de Cesare Beccaría, *De los delitos y las penas*, el profesor GONZÁLEZ GUTIÁN describe el excesivo arbitrio judicial en el sistema penal del siglo XVIII. Así, sostiene que la defensa del principio de legalidad formulada por Beccaría reforzaba la seguridad jurídica mediante la reducción del arbitrio judicial, porque imponía la primacía de la ley sobre todas las fuentes del Derecho y restringía, especialmente, la utilización de fuentes no escritas. De esta forma se sentaron las bases para la posterior formulación de Feuerbach. *Cfr.* BECCARÍA C., *Dos delitos e das penas*, *Servizo de Publicacións e Intercambio Científico (USC)*, Santiago de Compostela, 2011, p. 42.

<sup>35</sup> IHERING identificó la arbitrariedad con la injusticia del Estado: “El súbdito que contraviene la ley obra ilegalmente no arbitrariamente” porque “la arbitrariedad es la injusticia del superior”. En el ámbito jurídico, considera la arbitrariedad inherente a la previa existencia de una ley y, por lo tanto, guarda un doble significado: la que se ejerce “*al lado de la ley*” (autonomía) y la que resulta “*contraria a ley*” (injusticia). IHERING, R., *El fin en el Derecho*, 1ª edición en español, Madrid, 1911, p. 225. Libro disponible en la dirección de internet: <http://info5.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=463>.

<sup>36</sup> LLORCA ORTEGA analiza la impugnación de la determinación de la pena ante la aplicación de preceptos discrecionales y, sobre la base de la jurisprudencia, distingue dos supuestos de discrecionalidad penal: discrecionalidad de primer grado o máxima, en el que el arbitrio judicial “no aparece condicionado”, y discrecionalidad de segundo grado o reglada, en la que el arbitrio

Regresando al ámbito administrativo sancionador, ¿qué criterios atribuye el ordenamiento a la agencia Turismo de Galicia para la graduación de las sanciones? ¿Constituyen margen suficiente para que podamos hablar de discrecionalidad administrativa?

El profesor BACIGALUPO, en su tesis sobre la discrecionalidad administrativa publicada en 1997<sup>37</sup>, analiza los *parámetros de decisión* impuestos por el legislador a la Administración que, cual “normas de conducta”, habilitan el posterior control jurídico de la decisión discrecional<sup>38</sup>. De este modo, los parámetros operan como criterios de actuación administrativa de forma que el juez o tribunal puedan evaluar jurídicamente si las decisiones son conformes al ordenamiento jurídico o bien incurren en arbitrariedad.<sup>39</sup>

---

judicial se encuentra reducido por ciertas condiciones o parámetros. “Pues bien, el uso del arbitrio por el juzgador no será revisable en casación en el primer supuesto, y sí lo será en el segundo.” LLORCA ORTEGA, J., Manual de determinación de la pena, 6ª edición, *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2005, p. 334.

<sup>37</sup> BACIGALUPO SAGGESE, M., *op. cit.*, *passim*.

<sup>38</sup> El profesor BACIGALUPO distingue dos controles en relación con las potestades de carácter discrecional. Un primer control que opera sobre la atribución de esta clase de potestades a la Administración pública y un segundo control sobre el ejercicio de la potestad. Tal y como advierte el autor, “...se trata de dos controles distintos (aunque, sin duda, estrechamente relacionados entre sí) que –en contra de lo que, a mi juicio, ha venido sucediendo en buena medida entre nosotros– conviene no mezclar.” Tiene relevancia porque la competencia del “*control de la atribución*” no recae necesariamente en la jurisdicción contencioso-administrativa. BACIGALUPO SAGGESE, M., *op. cit.* p. 93.

<sup>39</sup> Para BACIGALUPO, “estos límites intrínsecos de todo control (y en particular, del control jurídico) son indisponibles incluso para el propio legislador. En efecto, éste no puede habilitar (o aun obligar) al juez contencioso-administrativo a *controlar* una determinada actuación administrativa, si al mismo tiempo no le aporta parámetros (jurídicos) que hagan viable el control pretendido, es decir, si no programa dicha actuación con la densidad normativa necesaria (*ultra pose nemo obligatur*).” De ahí la importancia de la función legislativa en el control jurídico de los actos administrativos de carácter discrecional que reviste a la potestad de la *densidad normativa* necesaria para el control de su ejercicio. BACIGALUPO SAGGESE, M., *op. cit.*, p. 69.



En el ámbito de la disciplina turística, la Administración gallega aplica dos grupos de criterios o parámetros normativos para graduar las multas dentro de los grados mínimo, medio o máximo: los criterios básicos o generales, previstos por la LRJPAC<sup>40</sup>, y los criterios especiales de la LTG<sup>41</sup>:

- a) La existencia de intencionalidad de la persona infractora.
- b) La categoría de la empresa turística.
- c) La reiteración en las conductas infractoras.
- d) El incumplimiento de los plazos y requisitos concedidos para la corrección de las deficiencias detectadas por la inspección turística.
- e) La corrección voluntaria, antes o durante la tramitación del procedimiento, de las deficiencias detectadas y los daños y perjuicios causados.
- f) Los perjuicios causados a los particulares.

---

<sup>40</sup> Los criterios básicos del artículo 131.3 de la Ley 30/1992 son los siguientes: intencionalidad, reiteración, naturaleza de los perjuicios causados y reincidencia. Con mucha probabilidad, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que ha regulado hasta ahora el régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común de forma conjunta, será sustituida a lo largo del año 2016 por dos proyectos de ley aprobados por el ejecutivo y que, actualmente, se tramitan en las Cortes Generales: proyecto de ley de régimen jurídico del sector público y proyecto de ley del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas.

<sup>41</sup> El apartado 1º del artículo 116 de la Ley 7/2011, de 27 de octubre, recoge estos criterios y su apartado 2º, dispone: “Conforme a los criterios establecidos en el apartado anterior, las sanciones de multa podrán imponerse en sus grados mínimo, medio o máximo. Cuando la comisión de la infracción supusiera un resultado más beneficioso para la persona infractora que el cumplimiento de la norma vulnerada, se considerará esta circunstancia como agravante para la imposición de la sanción de multa en su grado máximo.”

g) El beneficio ilícito obtenido.

h) La trascendencia social de la infracción.

i) Las repercusiones negativas para el sector turístico y la imagen turística de Galicia.

Estos criterios constituyen un marco razonable para la apreciación objetiva de las diferentes circunstancias que acompañan a cada infracción administrativa en materia turística y, por consiguiente, permiten a la Administración ajustar la responsabilidad administrativa del sujeto infractor con una determinada cuantía de multa, dentro de los grados mínimo y máximo previstos por el artículo 114 de la LTG para cada uno de los tres tipos de infracciones (leves, graves y muy graves)<sup>42</sup>.

Entonces, graduar la responsabilidad del sujeto inculcado y determinar una sanción al respecto, ¿son trámites de carácter discrecional?

Ciertamente, la finalidad de este estudio consiste en demostrar el carácter discrecional de estas operaciones y promover su reducción en el ámbito de la agencia Turismo de Galicia, mediante la unificación de los criterios recogidos en la LTG por el principio de coordinación interna entre todos los órganos

---

<sup>42</sup> Así, para las infracciones leves (desde apercibimiento hasta 900 euros), el grado mínimo de la sanción de multa abarca hasta los 300 euros, el grado medio de 301 a 600 euros, y el grado máximo de 601 a 900 euros. En consecuencia y a título de ejemplo, considero que la categoría de la empresa turística –criterio señalado por el artículo 116.1, letra b–, no permitiría castigar con la misma cuantía de multa una deficiencia leve en la prestación de servicios producida en un hotel de cuatro estrellas que en una pensión de dos.



territoriales de la agencia<sup>43</sup> y de la baremación de sus sanciones bajo las pautas del principio de proporcionalidad<sup>44</sup>, de forma que evitemos diferencias en su aplicación y, por ende, supuestos de desigualdad entre los sujetos sancionados.<sup>45</sup>

Esta es mi hipótesis y mediante el presente trabajo la someto al método científico de la tesis, con la finalidad de crear una teoría que colabore en la construcción de un sistema sancionador más respetuoso con el principio de igualdad y, en consecuencia, dotado de un mayor grado de justicia. En definitiva, igualdad como idea de justicia y justicia como idea de Derecho.<sup>46</sup>

---

<sup>43</sup> Me refiero a la coordinación interorgánica como principio organizatorio recogido en el artículo 18 de la LRJPAC y que corresponde supervisar al órgano superior de los competentes. Para ORTEGA ÁLVAREZ, L., “La utilidad de conectar los principios de coordinación interadministrativa con las relaciones entre órganos de una misma Administración consiste en que ello implica el reconocimiento del carácter desagregado de las organizaciones presentes en una misma Administración Pública y la necesidad de un resultado unitario eficaz del conjunto de todas ellas.” *Op. cit.*, p. 61.

<sup>44</sup> La reducción de la discrecionalidad que propongo no encarna un positivismo jurídico exacerbado que impida cualquier margen de apreciación o valoración a la hora de graduar la sanción. Mi propósito es tasar las consecuencias de los criterios sancionadores a través de un baremo objetivo que reduzca la posible subjetividad del órgano administrativo competente al determinar una sanción. De esta forma, el órgano podrá valorar la apreciación de circunstancias que concurran con la infracción (a través de los criterios establecidos en la ley), pero, una vez apreciadas dichas circunstancias, deberá atenerse a las sanciones predeterminadas en el baremo.

<sup>45</sup> De llevar esta hipótesis a sus últimas consecuencias podría prescindirse de la desconcentración administrativa en la exposición de estos presupuestos, ya que una defectuosa aplicación de los criterios sancionadores por los órganos administrativos o su simple ausencia podrían ser suficientes para provocar la indeseable desigualdad de trato en los ciudadanos de un mismo territorio por una Administración sin rama periférica como, por ejemplo, un ayuntamiento. De ahí la consideración de la desconcentración territorial como un elemento accidental y no causal, ya que solamente acentúa el problema pero no lo genera.

<sup>46</sup> Tal y como concluyó en su análisis sobre la arbitrariedad, IHERING consideró que solamente el Estado puede llegar a ser justo o injusto porque es “el que tiene la misión de crear el orden” a través del legislador y el juez. “Justicia y arbitrariedad serían, pues, nociones correlativas”. En relación con la igualdad, IHERING identificó a este principio con el fin práctico de toda justicia. El legislador debe realizar la justicia material (igualdad interna) y el juez debe llevar a

No resulta trivial invocar el principio de igualdad en esta materia porque nuestro ordenamiento impone a la Administración la obligación de garantizar la igualdad de trato a los ciudadanos en todos sus ámbitos de actuación y, muy especialmente, en el procedimiento sancionador, de manera que sus resoluciones no incurran en discriminación alguna con independencia del carácter discrecional o reglado del procedimiento<sup>47</sup>. A continuación, realizo un breve análisis de este principio y sus vínculos con el arbitrio judicial y la discrecionalidad administrativa.

---

cabo la justicia formal (igualdad externa). Cfr. IHERING, R., *op. cit.*, pp. 227 y ss. Para STAMMLER “Todo Derecho es, por exigencia de su propia naturaleza, un intento de realización de lo justo, debiendo tener siempre por objetivo supremo el que sus normas sean fundamentalmente legítimas.” STAMMLER, R., *La génesis del Derecho*, 2ª edición, Espasa-Calpe, Madrid, 1936, p. 89. RADBRUCH analizó dos clases de justicia “en cada una de las cuales se plasma bajo una forma distinta el postulado de la igualdad”: la *justicia conmutativa*, propia de relaciones jurídicas en las que rige una igualdad absoluta (una compraventa, por ejemplo); y la *justicia distributiva*, representativa de una igualdad proporcional o equitativa entre diferentes personas (la contribución a los gastos públicos, por ejemplo). Para RADBRUCH, “Si consideramos el Derecho privado como el Derecho entre personas equiparadas y el Derecho público como el que rige entre personas supraordinadas y subordinadas, tendremos que la justicia conmutativa es la justicia propia del Derecho privado y la distributiva la característica del Derecho público.” RADBRUCH, G., *Introducción a la filosofía del Derecho*, 4ª edición en español, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1974, p. 32.

<sup>47</sup> El artículo 1.1 de la Constitución proclama: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.”

## I.2- El principio de igualdad: perspectivas constitucionales

“...el Estado moderno, el Estado de Derecho es, en primer término, el Estado de la igualdad de los ciudadanos ante el poder. Y, para que haya igualdad ante el poder es preciso que haya igualdad *en la ley* e igualdad *ante la ley*, es decir, que las leyes contemplen a los individuos como iguales y que se apliquen a todos por igual; y, más aún, que haya una igualdad efectiva ante el aparato estatal. Esas son dos condiciones sin las cuales no puede haber ni Estado ni Derecho moderno”.<sup>48</sup>

La Constitución ofrece diferentes perspectivas de la igualdad<sup>49</sup>. Primero, le otorga la condición de valor superior del ordenamiento jurídico junto a la libertad, la justicia y el pluralismo político. Después garantiza la vigencia del principio de igualdad y, desde una concepción política y social, ordena a los poderes públicos la remoción de las barreras y obstáculos que impidan su

---

<sup>48</sup> Vives Antón, T.S., Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales, 2ª edición, Tirano lo Blanch, Valencia, 2011, p. 683.

<sup>49</sup> El principio de igualdad surge en el Estado liberal como consecuencia de la Revolución Francesa de 1789 ante los privilegios feudales y se interpreta como igualdad formal, es decir, de todos los ciudadanos *ante la ley*: “a unos mismos supuestos de hecho se les debe aplicar las mismas consecuencias jurídicas, es decir, se deben regir por la misma ley, que, en consecuencia, debe ser general y abstracta, referida a un número ilimitado de sujetos y de situaciones.” Sin embargo, la aplicación de la misma ley a sujetos o supuestos diferentes produce desigualdad, así que tras la consecución del Estado social se introduce un matiz a este principio, su carácter material o la igualdad de todos los ciudadanos *en la ley*: “tratar de manera diferente las personas o situaciones diferentes para lograr un resultado de igualdad. Lo que se prohíbe no es el trato diferenciado sino el trato diferenciado sin justificación, esto es, discriminatorio.” Diccionario de Derecho, Biblioteca de Consulta Larousse, Editorial RBA, Barcelona, 2003, p. 154. Sobre el principio de igualdad como motor del cambio revolucionario de 1789 y que motivó una reinterpretación de la teoría de la división de poderes en la que el poder ejecutivo se transforma en un sujeto político denominado Administración pública *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Revolución Francesa y Administración contemporánea, 4ª edición, Aranzadi, Navarra, 1998.

efectividad<sup>50</sup>. Por último, su artículo 14, dentro del capítulo dedicado a los "derechos y libertades" pero sin otorgar la naturaleza de derecho fundamental proscribire cualquier discriminación por condiciones o circunstancias de índole personal o social.<sup>51</sup>

Sobre la base de nuestra carta magna, doctrina y jurisprudencia distinguen dos parcelas dentro del principio de igualdad: un plano jurídico que ampara al ciudadano frente a posibles discriminaciones del ordenamiento o de cualquiera de los tres poderes estatales y se corresponde con el artículo 14 CE<sup>52</sup>, y un plano político que se encarna en el mandato que el artículo 9.2 CE dirige a los poderes públicos para que remuevan los obstáculos en aras de una igualdad real y efectiva<sup>53</sup> propia de un Estado social<sup>54</sup>.

---

<sup>50</sup> Artículo 9.2 de la Constitución, Para el profesor MELERO ALONSO, E., que realizó su tesis sobre el análisis de la potestad normativa de la Administración bajo un *paradigma social del derecho*, "...existe una tensión entre los elementos del Estado de derecho y los elementos del Estado social, que puede ejemplificarse en el conflicto entre legalidad y eficacia." Así, el autor propone diferentes métodos para su resolución, como el de los tres criterios clásicos (ley superior, ley especial y ley posterior); el de la ponderación, es decir, identificar los derechos, principios y bienes en conflicto, otorgar un peso o valor a cada uno de ellos y otorgar prevalencia de unos sobre otros; o el de la *solución intermedia*, es decir, contemplar la tensión "...no como una contradicción sino como una *contraposición* entre principios que se equilibra mediante la solución intermedia." Aunque el autor también propone "soluciones que se orientan más hacia cada uno de los extremos de la tensión." MELERO ALONSO, E., Reglamentos y Disposiciones Administrativas: análisis teórico y práctico. Una propuesta de diferenciación desde un paradigma social de derecho, Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 50 y ss.

<sup>51</sup> El artículo 14 da la Constitución dispone: "Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social."

<sup>52</sup> "El principio de igualdad no supone otorgar a todos un trato uniforme, sino no discriminatorio. Y la no discriminación no es otra cosa que la justificación del trato desigual." CARBONELL MATEU, J.C., Derecho penal: concepto y principios constitucionales, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 30.

<sup>53</sup> Vid. GONZÁLEZ SALINAS, P., "La protección jurisdiccional del principio de igualdad", REDA, núm. 36, Civitas, 1983, pp. 75-102; TORRES DEL MORAL, A., Principios de

Para TORRES DEL MORAL, la igualdad jurídica del artículo 14 CE opera como cauce formal para la consecución de la igualdad política del artículo 9.2 CE bajo el paradigma social<sup>55</sup>, es decir, como camino para la consecución de la justicia social, fin político que, no obstante, deberá respetar los principios informadores del Estado de Derecho<sup>56</sup>. En sus propias palabras "...la igualdad

---

Derecho constitucional español, 2ª edición, Átomo Ediciones, Madrid, 1991, tomo I, pp. 289 y ss.; PÉREZ LUÑO, A.E., "Sobre la igualdad en la Constitución española, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 4, MJ/MP/BOE, 1987, pp. 133-151; BLANCO VALDÉS, R.L., *La Constitución de 1978*, Alianza Editorial, Madrid, 2003, p. 87.

<sup>54</sup> Con apoyo en la obra de GARCÍA-PELAYO y GARRIDO FALLA, el profesor GONZÁLEZ RUS describe el *Estado social* como un instrumento constitucional que, en defecto de la iniciativa particular, debe promover la denominada *justicia social*: "Es un Estado, en fin social, que adquiere el compromiso de intervenir en la conformación de la sociedad, a modo de «empresario» o «distribuidor», y que no se limita a aceptar la sociedad tal y como le viene dada, sino que comienza por poner en tela de juicio la justicia de su configuración." GONZÁLEZ RUS, J.J., "Teoría de la pena y Constitución", *Estudios Penales y Criminológicos*, USC, vol. VII, 1984, p. 252.

<sup>55</sup> MELERO ALONSO, E., *op. cit.*, pp. 72 y ss., caracteriza el paradigma social en contraposición con el liberal mediante las siguientes notas: 1.- Además de considerar a la sociedad individualizada "tiene en cuenta la existencia de organizaciones en las que los individuos se agrupan." 2.- Estado y sociedad son dos conceptos compatibles y no opuestos que "se necesitan mutuamente para poder realizarse" 3.- El Estado debe corregir las desigualdades provocadas por la "autorregulación social a través del mercado". Para ello, redistribuye el producto social a través de las prestaciones sociales. No obstante, según este autor, "el ordenamiento jurídico actual surge de la superposición del ordenamiento propio del Estado social sobre el ordenamiento del Estado liberal, coexistiendo elementos de ambos tipos de Estado." Siguiendo esta línea, COSCULLUELA MONTANER contempla al Estado Social de Derecho, no como un nuevo modelo histórico rupturista con el anterior, sino como una "progresión evolutiva del propio Estado de Derecho" encaminada a reconocer los derechos sociales para superar "la diferenciación absoluta entre el Estado y Sociedad, para permitir una más decidida acción conformadora de aquél sobre ésta, y una clara interpenetración entre ambos conceptos.". En definitiva, el Estado Social de Derecho significa "la constitucionalización de la política intervencionista que se había desarrollado muy ampliamente en el siglo XX." COSCULLUELA MONTANER, L., *op. cit.*, pp. 25 y 26.

<sup>56</sup> Para RADBRUCH, el paso del Estado liberal al social se caracteriza por una nueva visión del hombre por parte del Derecho. Mientras que en el liberal hay una concepción jurídica individualista y mercantil, encabezada por el Derecho privado, la base del Estado social es el hombre como colectivo y se produce una publicación del Derecho privado con el fin de equilibrar las desigualdades entre éstos; por ejemplo, la protección de los inquilinos o las normas sobre precios. *Cfr. op. cit.*, pp. 157 y ss. Así, el Derecho social no se inspira en la idea de igualdad de las personas, sino en la necesidad de eliminar las desigualdades que existen entre ellas, en consecuencia, "la igualdad deja de ser, así, punto de partida del Derecho, para convertirse en meta o aspiración del orden jurídico." RADBRUCH, G., *op. cit.*, p. 162.

real y efectiva es estímulo y ariete de la función legislativa; la igualdad jurídica, su límite.”<sup>57</sup>

Dentro de la igualdad jurídica proclamada por el artículo 14 CE, SÁNCHEZ GOYANES distingue dos planos yuxtapuestos: por un lado, “en el plano de la igualdad ante la Ley”, es decir, en el ámbito de la creación del Derecho positivo (leyes y reglamentos); y por otro, “en el plano de la igualdad en la aplicación de la Ley”, es decir, en el ámbito de la aplicación del ordenamiento.<sup>58</sup>

En el primer plano, el Tribunal Constitucional declara la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, exigiendo al legislador que dispense el mismo trato a aquellas personas que se encuentren ante situaciones jurídicas iguales. En sentido contrario, declara la prohibición de toda desigualdad que carezca de una justificación objetiva y razonable o resulte desproporcionada en relación con dicha justificación.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> Cfr. TORRES DEL MORAL, A., *op. cit.*, p. 292.

<sup>58</sup> Cfr. SÁNCHEZ GOYANES, E., *La Constitución española comentada*, 23ª edición, Paraninfo, Madrid 2004, p.75.

<sup>59</sup> En materia de vulneración del principio de igualdad ante la ley *vid.* sentencias del Tribunal Constitucional 8/1981, de 30 de marzo; 22/1981, de 2 de julio; 34/1981, de 10 de noviembre; 7/1982, de 26 de febrero; 19/1982, de 5 de mayo; 49/1982, de 14 de julio, 3/1983, de 25 de enero; 103/1984, de 12 de noviembre; 127/1984, de 26 de diciembre; 14/1985, de 1 de febrero; 49/1985, de 28 de marzo; 57/1985, de 29 de abril; 140/1985, de 21 de octubre; 166/1985, de 9 de diciembre; 52/1986, de 30 de abril; 58/1986, de 14 de mayo; 25/1987, de 26 de febrero; 144/1988, de 12 de julio; más recientemente, sentencias 71/1998, de 30 de marzo; 190/2001, de 1 de octubre; y 125/2003, de 19 de junio (fuente: *westlaw.es* - Thomson Reuters Aranzadi).



En el segundo, la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley exige, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>60</sup>, la concurrencia de los siguientes requisitos:

1.- Que se acredite la existencia de un término de comparación; el juicio de igualdad sólo podrá realizarse comparando la resolución que se impugna y el precedente del mismo órgano judicial en casos sustancialmente iguales.

2.- Que los supuestos sometidos al término de comparación sean sustancialmente iguales.

3.- Que las resoluciones objeto de comparación procedan del mismo órgano judicial, "entendiendo por tal la identidad no solo de Sala, sino también de Sección, ya que hemos considerado a éstas como órganos judiciales con entidad diferenciada".<sup>61</sup>

En el ámbito penal, LLORCA ORTEGA analiza la vulneración del principio de igualdad sobre la base de los siguientes presupuestos:<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> En materia de vulneración del principio de igualdad en aplicación de la Ley *vid.* sentencias del Tribunal Constitucional 78/1984, de 9 de julio; 55/1988, de 24 de marzo; 134/1991, de 17 de junio; 42/1993, de 8 de febrero; 218/1994, de 18 de julio; 245/1994, de 15 de septiembre; 266/1994, de 3 de octubre; 34/1995, de 6 de febrero; 81/1997, de 22 de abril; 89/1998, de 21 de abril; 240/1998, de 15 de diciembre; 102/1999, de 31 de mayo; 186/2000, de 10 de julio; 37/2001, de 12 de febrero; 111/2001, de 7 de mayo; 122/2001, de 4 de junio; 74/2002, de 8 de abril; y 133/2002, de 3 de junio (fuente: *westlaw.es* - Thomson Reuters Aranzadi).

<sup>61</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional nº 133/2002, de 3 de junio (fundamento 6º).

<sup>62</sup> *Cfr.* LLORCA ORTEGA, J., *op. cit.*, p. 27. El autor cita las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: 30 de enero de 1993, 20 de diciembre de 1994; 20 de septiembre de 1994; 25 de noviembre de 1995; y 4 de marzo de 1997.



- 1.- Identidad sustancial de los hechos probados en el proceso.
- 2.- Identidad del órgano judicial que emite la resolución o resoluciones.
- 3.- Si se trata de dos resoluciones y se produce un cambio de criterio, omisión de la justificación por el órgano judicial.
- 4.- Alegación de la discriminación con nitidez y en términos comparativos.<sup>63</sup>

A los efectos de distinguir estas dos parcelas del principio de igualdad jurídica resulta muy ilustrativo el siguiente extracto de la STC144/1988<sup>64</sup>:

“El principio de igualdad que garantiza la Constitución (art. 14) y que está protegido en último término por el recurso constitucional de amparo (art. 53.2 CE) opera, como tantas veces hemos dicho, en dos planos distintos. De una parte frente al legislador, o frente al poder reglamentario, impidiendo que uno u otro puedan configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación (...) o, dicho de otro modo, (...)

En otro plano, en el de la aplicación, la igualdad ante la Ley obliga a que ésta sea aplicada efectivamente de modo igual a todos aquellos que se

---

<sup>63</sup> Como indica el autor, "...se ha de identificar el sujeto con el que se pretende entablar el agravio comparativo, con expresión de la resolución en que tuvo lugar, y con indicación de lo que se considere trato diferenciado." LLORCA ORTEGA, J., *op. cit.*, p. 27.

<sup>64</sup> STC144/1988, de 12 de julio, fundamento jurídico primero.

encuentran en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en la norma. Situados ya en este plano de la aplicación, es forzoso, claro está, operar una segunda distinción para tomar en cuenta la diferente situación en la que al respecto se encuentran los órganos administrativos, de una parte, y los órganos judiciales de la otra.

Los primeros, esto es, los que integran el amplio conjunto de las Administraciones públicas, no están ciertamente vinculados por el precedente, pero sí sujetos al control de los Tribunales, que han de corregir las desviaciones que en la aplicación igual de la Ley se produzcan, no sólo en el ejercicio de las potestades regladas, sino también en el ejercicio de la discrecionalidad que las normas frecuentemente conceden a los administradores. (...)

Otra es la situación en la que se encuentran los órganos del Poder Judicial, los cuales, tanto en la determinación de los hechos como en la interpretación de las normas, son independientes y no están sometidos al control de otro poder del Estado, aunque las decisiones que adoptan pueden ser revisadas, tanto en los hechos como en la interpretación del Derecho, por otros Tribunales a través de los recursos previstos en las leyes procesales. El recurso de amparo ante este Tribunal, que no puede modificar los hechos declarados probados por los Tribunales ordinarios [art. 44.1 b) LOTC], los sujeta también en último término a

nuestro control, pero ello sólo para el caso de que hayan aplicado leyes contrarias a la Constitución o hayan interpretado de modo incompatible con ésta las que, en otra interpretación, no lo serían. Salvo en este supuesto, no nos corresponde a nosotros, sino al Tribunal Supremo (art. 123.1 CE), determinar cuál es la interpretación correcta de las normas jurídicas.”

De acuerdo con esta jurisprudencia, el principio de igualdad ante la ley implica, por una parte, la obligación del legislador de no establecer diferenciaciones irrazonables en el ordenamiento jurídico y, por otra, la obligación de los órganos administrativos y jurisdiccionales de no aplicar la ley de forma discriminatoria.<sup>65</sup>

Tanto la discrecionalidad administrativa como el arbitrio judicial operan en este plano de la igualdad, es decir, dentro del principio jurídico de no discriminación proclamado por el artículo 14 CE y, más concretamente, en el ámbito de la aplicación de la ley. Es aquí donde habitan sus sombras, como, por ejemplo, la disparidad de criterios en la graduación de las sanciones que conducen a la imposición de diferentes multas en supuestos infractores en los que concurren unas mismas circunstancias de hecho.

Tal y como interpreta el Tribunal Constitucional, los órganos jurisdiccionales deben corregir las desviaciones de la igualdad en que incurran las administraciones públicas en la aplicación de la Ley, “no sólo en el ejercicio de

---

<sup>65</sup> STC núm. 85/1989, de 10 de mayo, fundamento jurídico primero.

las potestades regladas, sino también en el ejercicio de la discrecionalidad que las normas frecuentemente conceden a los administradores”.<sup>66</sup>

Sin embargo, dadas las controversias sobre el control jurídico de este tipo de actos administrativos y los perjuicios que genera a los ciudadanos su impugnación, parece más adecuado actuar directamente sobre la discrecionalidad para garantizar un mayor grado de objetividad administrativa e impedir estas desviaciones antes de su producción.<sup>67</sup>

Entonces, admitida la presencia de cierto margen de apreciación administrativa en el procedimiento de determinación de las sanciones, ¿podrían evitarse estas deficiencias operando sobre la propia discrecionalidad?

¿Qué ocurriría si la ley que tipifica las infracciones y sanciones administrativas en materia turística fuese más allá de la mera previsión de los grados mínimo, medio y máximo en cada grupo de sanciones? ¿Podría remitirse a un baremo que precisase con exactitud las directrices o elementos reglados para determinar las sanciones que correspondan en cada caso?

En definitiva, ¿puede la LTG y sus sucesoras apoyarse en una norma reglamentaria que, en materia de disciplina turística, especifique la

---

<sup>66</sup> Para BACIGALUPO, la definición negativa de la discrecionalidad contempla esta figura desde la perspectiva de un hipotético control judicial, es decir, en torno a las posibilidades que tiene la jurisdicción contencioso-administrativa para controlar los actos discrecionales de la Administración. *Cfr.* BACIGALUPO SAGGESE M., *op. cit.*, pp. 26 y 27.

<sup>67</sup> La finalidad de este trabajo justifica la utilización de un concepto de discrecionalidad en sentido amplio y no estricto, es decir, comprensivo de cualquier libertad o margen de apreciación otorgado a la Administración en la determinación sancionadora.

determinación de la sanción correspondiente a cada conducta infractora?<sup>68</sup>

Esta determinación, ¿tendría en cuenta los criterios de graduación establecidos por la ordenación administrativa general y específica?, es decir, su mayor o menor gravedad y todas las circunstancias modificativas de la responsabilidad que acompañan a dicha conducta.

Si este método ya se llevó a efecto en otros ámbitos de actuación administrativa como, por ejemplo, los transportes terrestres<sup>69</sup>, ¿por qué no llevarlo a cabo en materia turística?

Este es el objetivo de mi tesis; por un lado, mantengo la flexibilidad de los criterios de graduación de manera que permitan apreciar las diferentes circunstancias que concurren en cada supuesto; por otro, propongo la aplicación de un baremo sancionador que reduzca la discrecionalidad en el momento de precisar la multa correspondiente, gracias a una escala proporcionada de todas las sanciones previstas para los grados mínimo, medio y máximo por la LTG.

---

<sup>68</sup> A mi juicio, la reducción de la discrecionalidad mediante la aplicación de un baremo sancionador operaría como un *parámetro de decisión* lo suficientemente *discernible* para controlar, verbigracia, la determinación de la cuantía sancionadora de una multa concreta. Cfr. BACIGALUPO SAGGESE M., *op. cit.*, p.70.

<sup>69</sup> La Ley 16/1987, do 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres (BOE núm. 182, de 13/07/1987), modificada por la Ley 9/2013, de 4 de julio (BOE núm. 160, de 05/07/2013), desarrolló un baremo para la graduación de las sanciones administrativas en materia de transportes por carretera. Este baremo sancionador puede consultarse en la siguiente página web del Ministerio de Fomento: [http://www.fomento.gob.es/NR/rdonlyres/0A1EF53A-EA6B-4038-902F-B60833A56890/121984/Baremo\\_Sancionador.pdf](http://www.fomento.gob.es/NR/rdonlyres/0A1EF53A-EA6B-4038-902F-B60833A56890/121984/Baremo_Sancionador.pdf)

Sobre esta idea, que brotó en el año 2007 en torno a la Ley 9/1997, de ordenación y promoción del turismo en Galicia he trabajado durante los últimos años<sup>70</sup> con la finalidad de lograr una mayor profundidad académica, perfeccionar su aplicación práctica y actualizarla a la vigente ordenación turística.<sup>71</sup>



---

<sup>70</sup> Diversas circunstancias, tanto de índole política como técnicas, han provocado que el legislador gallego mostrase cierta inquietud en esta materia, ya que, en apenas tres años, el Parlamento autonómico aprobó dos leyes distintas en materia de ordenación y promoción turística: la Ley 14/2008, de 3 de diciembre, de turismo del Galicia (*vid. infra* nota a pie de pág. núm. 9) y la Ley 7/2011, de 27 de octubre, del turismo de Galicia (*vid. nota a pie de pág. núm. 3*), lo cual ha motivado un esfuerzo adicional en la adaptación del baremo.

<sup>71</sup> Siguiendo al profesor MIR PUIG, que apoya su análisis sobre lo fáctico y lo normativo en la teoría de la realidad social del filósofo John R. SEARLE, considero al baremo sancionador como un “hecho institucional”, es decir, un hecho social dirigido a promover la igualdad y seguridad jurídica entre aquellos ciudadanos afectados por un expediente sancionador en materia turística y sometido a los principios informadores del sistema constitucional español (legalidad, igualdad, proporcionalidad, etc.). *Vid.* MIR PUIG, S., “Límites del normativismo en Derecho penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, UGR, num. 07-18, 2005, pp. 18:08 a 18:12. Disponible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>.

### **I.3- Estructura del trabajo: sistemática de la investigación.**

A lo largo del presente estudio trato de despejar las incógnitas planteadas anteriormente, sin embargo, a medida que abordo la materia surgen nuevos interrogantes de mayor complejidad. Así, concebido un baremo sancionador, ¿cómo opera sobre la discrecionalidad administrativa? ¿Resulta compatible un baremo, como cuadro gradual de determinación mecánica de las sanciones, con los principios inherentes al *ius puniendi* estatal? ¿Dónde está la delimitación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador y qué principios son aplicables a la potestad sancionadora de las administraciones públicas?

Con el ánimo de resolver estas cuestiones, de modo que la creación de un baremo en materia de disciplina turística revista la solidez jurídica necesaria para garantizar su viabilidad teórica y práctica, estructuro mi trabajo de investigación en tres bloques o módulos, que distribuyo en seis capítulos. Primero, una recopilación de la doctrina y jurisprudencia sobre el *ius puniendi* estatal (capítulos primero, segundo y tercero); segundo, la presentación y justificación de un nuevo baremo sancionador adaptado a la ordenación y disciplina turística de la vigente LTG (capítulos cuarto y quinto); y, por último, unas breve síntesis con conclusiones (capítulo VI), tanto de las pequeñas propuestas formuladas a lo largo del trabajo, como del principal objetivo de esta tesis, la justificación y fundamentación jurídica de un nuevo baremo como método de determinación de las sanciones administrativas previstas en la LTG.



### **I.3.1- *Ius puniendi* estatal; compilación**

Esta parte comprende los capítulos primero, segundo y tercero del presente trabajo. Así, en primer lugar y con auxilio de la jurisprudencia y la doctrina científica, examino las notas y principios de *Ius puniendi* estatal, entendido como *supraconcepto* jurídico del que parten los ilícitos penales y administrativos.<sup>72</sup>

A continuación y desde una óptica penalista, investigo la delimitación entre el ordenamiento penal y el administrativo sancionador, mediante la recopilación de la doctrina española opuesta a las tesis alemanas favorables a una distinción cualitativa entre ambas ramas del Derecho y analizo los principios penales aplicables en el ámbito administrativo sancionador con la finalidad de precisar cuáles pueden contribuir en la configuración y aplicación de un baremo como método jurídico en la determinación de las sanciones.

Por último, examino la multa como consecuencia jurídica de ilícitos penales administrativos, así como las reglas de su determinación previstas en ambos

---

<sup>72</sup> Desde la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1972, reproducida por el Tribunal en sentencias posteriores como las de 20 de enero de 1987, 13 de mayo de 1988, 24 de enero de 1989, entre otras, y de acuerdo con la doctrina mayoritaria penal y administrativista, que citaré más adelante, formulo una noción de *Ius puniendi* estatal entendida como un *supraconcepto*, es decir, un poder único estatal que abarca tanto la potestad penal de los tribunales de justicia, como la potestad sancionadora de las administraciones públicas. Así, el considerando segundo de la sentencia de 1972 contempla el *supraconcepto* del ilícito, "...cuya unidad sustancial es compatible con la existencia de diversas manifestaciones denominadas, entre las cuales se encuentran el ilícito administrativo como el penal, que exigen ambos un comportamiento humano, positivo o negativo, una antijuridicidad, la culpabilidad, el resultado potencial o actualmente dañoso, y la relación causal entre éste y la acción, como ponen de manifiesto por vía de ejemplo la comparación del artículo 1º del Código Penal con el artículo 77 de la Ley General Tributaria, esencia unitaria que sin embargo permite los rasgos diferenciales inherentes a la distinta función para la cual han sido configurados uno y otro título."

ordenamientos. Es en estos apartados donde, además de relacionar las notas correspondientes al arbitrio judicial y la discrecionalidad administrativa, expongo diversas propuestas penales dirigidas al Derecho administrativo sancionador.



### **I.3.2- Baremo sancionador y disciplina turística: innovación**

Desarrollo esta parte en los capítulos cuarto y quinto del trabajo, por medio de la exposición de un nuevo baremo sancionador en materia turística<sup>73</sup>, elaborado sobre la base de los tipos infractores y circunstancias modificativas de la responsabilidad, que he recogido de la vigente Ley 7/2011, de 27 de octubre, de turismo de Galicia<sup>74</sup>.

A diferencia de la investigación formulada en los capítulos anteriores, presento el baremo de la forma más aséptica posible, es decir, al margen de valoraciones doctrinales y jurisprudencia. En este sentido para su configuración me apoyo en la clasificación de las diferentes conductas infractoras de acuerdo con los bienes jurídicos protegidos por la LTG, en la clasificación de las empresas y profesiones turísticas de conformidad con la actividad desarrollada y la categoría del establecimiento, y finalmente, en la clasificación de las sanciones de acuerdo con su naturaleza y gravedad.

Sobre la base de estas clasificaciones, configuro el baremo mediante tablas, relación de infracciones, cuadros de sanciones principales de los que resulta la

---

<sup>73</sup> En el año 2007 realicé un trabajo de investigación para la creación de un baremo sancionador en materia de ordenación turística bajo los preceptos de la Ley 9/1997, de 21 de agosto, de ordenación y promoción del turismo en Galicia. Este trabajo, publicado por la Xunta de Galicia en 2008, ha servido de cimiento y primera piedra para la elaboración de esta tesis. Vid. SAN MARTÍN ZAMACOLA, J., *Presentación e análise xurídico-penal dun baremo sancionador en materia de ordenación turística*, EGAP, Xunta de Galicia, 2008, Santiago de Compostela.

<sup>74</sup> Los artículos 109, 110 y 111 de la LTG recogen, respectivamente, las infracciones de carácter leve, grave y muy grave. Asimismo, sus artículos 114, 115 y 116 establecen sanciones de multa correspondientes a cada uno de los tres grupos de infracciones, las sanciones accesorias a las de multa y las circunstancias modificativas de la responsabilidad (atenuantes y agravantes).

predeterminación de las multas específicas para cada conducta, establecimiento y sanción. De la misma forma, he previsto cuadros para las sanciones accesorias aplicables en los supuestos contemplados en la LTG<sup>75</sup>.

Asimismo, he fijado una serie de reglas y tramos para la apreciación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad recogidas en la LTG<sup>76</sup>, a modo de agravantes y atenuantes, de forma que su concurrencia en la conducta infractora pueda repercutir en la graduación sancionadora.

Por último, justificada la aplicación de los principios del Derecho penal al ámbito administrativo sancionador y expuestos los cuadros y reglas que conforman el baremo en materia de disciplina turística, lo confronto con los principios informadores más relevantes de la potestad sancionadora. Con este ejercicio trato de someter al baremo a un análisis jurídico-penal que le otorgue un certificado de viabilidad técnico-jurídica como método de determinación de las sanciones administrativas en materia turística.

---

<sup>75</sup> El artículo 115 de la Ley 7/2011 prevé como sanciones accesorias a las de multa las siguientes: suspensión de la actividad turística o ejercicio profesional, hasta seis meses (infracciones graves), o de seis meses a un año (infracciones muy graves); clausura definitiva del establecimiento o revocación del título administrativo habilitante para el ejercicio de la actividad; y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y otras ayudas económicas de la Administración durante un plazo máximo de cinco años, sin perjuicio de la obligación de reintegro de las ayudas recibidas.

<sup>76</sup> Artículo 116 de la Ley 7/2011.

### I.3.3- Recapitulación

Realizadas las tareas compiladora e innovadora, finalizo este estudio con una labor de síntesis de todas las propuestas y conclusiones que pueden deducirse de este trabajo y que considero relevantes para motivar la creación del baremo, demostrar su aptitud como método jurídico que logre una mayor objetividad en la actuación administrativa y descubrir las ventajas de su aplicación práctica en los procedimientos sancionadores tramitados por la Administración turística de Galicia<sup>77</sup>. Así las cosas, por medio de esta tesis presento y justifico un baremo

---

<sup>77</sup> Recordemos que la Constitución española, en su artículo 103.1, establece que todas las administraciones públicas deben servir los intereses generales con objetividad, a lo cual contribuye el baremo sancionador como garantía de una determinación mecánica de la sanción y, por tanto, de imparcialidad administrativa. En relación con la objetividad e imparcialidad en el ámbito de las administraciones públicas, *vid.* FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MOGUIO, J.M., La imparcialidad en el procedimiento administrativo: abstención y recusación, Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 23 y ss.; “El principio de objetividad”, *Documentación administrativa*, INAP, núm. 289, enero-abril 2011; SÁNCHEZ MORÓN, M., *op. cit.*, pp. 76 y ss.; GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S., Manual básico de Derecho administrativo, Tecnos, 7ª edición, Madrid, 2010, p. 68; GONZÁLEZ NAVARRO, F. y GONZÁLEZ PÉREZ, J., *op. cit.*, pp. 301 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, J.A., Principios..., *cit.*, tomo I, pp. 113 y ss.; ENTRENA CUESTA, R., Curso de Derecho administrativo, volumen 1/1, Tecnos, reimpresión 13ª edición, Madrid, 2001, p. 85; PAREJO ALFONSO L., JIMÉNEZ BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L., Manual de Derecho administrativo, volumen I, Ariel Derecho, 5ª edición, 1998, Barcelona, pp. 53 y ss.

La mayoría de la doctrina distingue la objetividad administrativa de la imparcialidad por el carácter subjetivo de esta última. De este modo, la objetividad se reconoce por dos notas, fidelidad a los fines propios de cada potestad administrativa y ponderación de todos los intereses que concurren a la hora de acordar una decisión, mientras que la imparcialidad es una cualidad que el ordenamiento exige a todos los empleados públicos con la finalidad de lograr una actuación objetiva. Así, según el profesor SANTAMARÍA PASTOR, “los principios de objetividad e imparcialidad actúan, por sí mismos, como parámetros de valoración jurídica de toda la acción administrativa (y muy especialmente respecto de las actividades materiales y técnicas, sobre las que el principio de legalidad no despliega toda su eficacia).” SANTAMARÍA PASTOR, J.A., Principios..., *cit.*, tomo I, p. 115. GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS utilizan un término del profesor GARRIDO FALLA para referirse a la objetividad como “*eficacia indiferente*”, es decir, aquel “deber de postular la solución más justa de conformidad con las normas actuantes.” GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS, *op. cit.*, p. 68.

No obstante, en el ámbito administrativo sancionador, autores como SUAY RINCÓN van más allá del artículo 103.1 CE y exigen al órgano instructor una imparcialidad “de tipo

sancionador definitivo en materia de disciplina turística<sup>78</sup>, como herramienta para la reducción de la discrecionalidad administrativa en el procedimiento sancionador y, por consiguiente, como garantía de imparcialidad para los ciudadanos frente a la Administración<sup>79</sup>.

---

jurisdiccional”, es decir, “de las mismas características de la que disponen los jueces penales”. De este modo, SUAY RINCÓN, si bien comparte la doctrina constitucional de que este principio es aplicable al procedimiento sancionador (STC 22/1990), rechaza esta misma doctrina en cuanto no exige el mismo grado de imparcialidad que en el proceso penal: “No es la misma la imparcialidad administrativa en todos los casos; y hay veces, como ocurre con las sanciones, que el tipo de juicio exigido al órgano administrativo es exactamente igual en términos objetivos al que hacen los jueces penales.” SUAY RINCÓN, J., “La discutible vigencia de los principios de imparcialidad y contradicción en el procedimiento administrativo sancionador”, RAP, núm. 123, CEPC, septiembre-diciembre 1990, pp. 168 y 169.

<sup>78</sup> *Vid. supra* nota a pie de pág. núm. 71.

<sup>79</sup> El significado del procedimiento como garantía de los ciudadanos frente la Administración tiene su base constitucional en el artículo 105, letra c), que impone su regulación por ley. A continuación, su artículo 149.1.18 atribuye al Estado competencia exclusiva en relación con las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común, “sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas”. En el ámbito sancionador el procedimiento resulta trascendental, hasta el punto que el artículo 134 de la LRJPAC lleva por rúbrica “garantía de procedimiento” y dispone lo siguiente: “1. El ejercicio de la potestad sancionadora requerirá procedimiento legal o reglamentariamente establecido. 2. Los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deberán establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a órganos distintos. 3. En ningún caso se podrá imponer una sanción sin que se haya tramitado el necesario procedimiento.”

Para un análisis de mayor profundidad sobre el procedimiento como garantía de los ciudadanos frente a la Administración *vid.* PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L., *op. cit.*, pp. 554 y ss; GARRIDO FALLA, F. y FERNÁNDEZ PASTRANA, J., *op. cit.*, p. 303; ENTRENA CUESTA, R., *op. cit.*, pp. 239 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *op. cit.*, pp. 452 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, J.A., Principios..., *cit.*, tomo II, pp. 23 y ss.; GONZÁLEZ NAVARRO, F. y GONZÁLEZ PÉREZ, J., *op. cit.*, pp. 37 y ss.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “El procedimiento administrativo: aspectos generales”, Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo, tomo III, volumen I, Iustel, Madrid, 2009, lecciones 3 y 4, pp. 83-151; GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *op. cit.*, pp. 309 y ss.; PARADA VÁZQUEZ, J.R., Derecho administrativo I. Parte general, Marcial Pons, 18ª edición, Madrid, 2010, pp. 197 y ss.; SÁNCHEZ MORÓN, M., *op. cit.*, p. 483. SANTAMARÍA PASTOR muestra el procedimiento como uno de los más importantes rasgos de nuestro sistema administrativo, propio de regímenes inspirados en el modelo francés, por el que las actuaciones administrativas se someten a “formas rituales” definidas e impuestas a través del ordenamiento jurídico. Para GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS, el procedimiento proporciona una doble garantía, a los ciudadanos y al

En palabras del profesor SUAY RINCÓN:

“El Derecho administrativo, sin embargo, no establece sólo los poderes de la Administración; también regula sus límites y garantías. Límites y garantías que pueden ser tanto externos, de forma que determinados espacios de libertad no pueden ser agredidos por la Administración, como internos, (...) los poderes de la Administración han de ejercerse las más de las veces conforme a un determinado procedimiento, un procedimiento taxativamente establecido. El procedimiento se convierte de este modo en la forma de expresión de los poderes de la Administración.”<sup>80</sup>

---

interés público, frente a la Administración. Esta doble garantía “permite su independización conceptual respecto al proceso judicial –cuya finalidad esencial es tutelar los derechos e intereses de los particulares–.” GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *op. cit.*, p. 315.

<sup>80</sup> SUAY RINCÓN, J., *op. cit.*, p. 154.



## CAPÍTULO II – EL DERECHO PUNITIVO ESTATAL Y SUS MANIFESTACIONES

“Potestades, ilícitos, ordenamientos y Derechos se integran así en un edificio único de sorprendente armonía, en el que todos sus elementos parecen encajar con suavidad, se evitan contradicciones y tensiones tradicionales y hasta se crean sinergias dogmáticas, puesto que los avances técnicos que se consiguen en un campo, se traspasan inmediatamente al cuerpo común. En nuestro caso, gracias a los supraconceptos se ha podido crear un sistema de estructura piramidal coronado por el *ius puniendi* del Estado: cúspide donde convergen las líneas de todas las potestades represivas.”<sup>81</sup>

### II.1- El *ius puniendi* como supraconcepto de lo ilícito.

Distingue la doctrina penal dos vertientes en el Derecho penal<sup>82</sup>, la objetiva o *ius poenale*, referida al conjunto de normas que componen la rama penal del ordenamiento jurídico, es decir, el derecho penal positivo, el cual se somete, fundamentalmente, al principio de legalidad, y la subjetiva o *ius puniendi* estatal<sup>83</sup>, referida a la potestad punitiva del Estado<sup>84</sup>, como capacidad

---

<sup>81</sup> NIETO GARCÍA, A., Derecho administrativo sancionador, 4ª edición, Tecnos, Madrid, 2005, p. 149.

<sup>82</sup> Vid. CARBONELL MATEU, J. C., *op. cit.*, pp. 30 y ss.

<sup>83</sup> De acuerdo con la definición del profesor LUZÓN PEÑA, el *ius puniendi* es la “facultad que corresponde a un determinado sujeto –en concreto, en la actualidad al Estado– de imponer penas

restrictiva de los derechos de sus ciudadanos, reconocida en la Constitución española<sup>85</sup> y limitada, principalmente, por el principio de proporcionalidad<sup>86</sup>.

Desde esta óptica, CARBONELL MATEU analiza el poder punitivo estatal<sup>87</sup>, que deriva de la soberanía popular y comprende tanto la creación de normas penales por el legislativo como su aplicación por el judicial, y lo define como el “conjunto de potestades que tiene el Estado en relación con la creación y aplicación del Derecho Penal”.<sup>88</sup>

---

o medidas de seguridad ante la comisión de delitos”. LUZÓN PEÑA, D.-M., “*ius puniendi*”, Enciclopedia penal básica, LUZÓN PEÑA, D.-M. (director), Comares, Granada, 2002, p. 857.

<sup>84</sup> ABEL SOUTO describe la pertenencia del *ius puniendi* estatal al ámbito del Derecho penal *subjetivo*, cual poder para “*elaborar normas penales, imponer sanciones y ejecutarlas*” y aboga por la necesidad de limitar dicha potestad “por diversos principios como el de legalidad, del hecho, exclusiva protección de bienes jurídicos, intervención mínima (subsidiaria y fragmentaria), culpabilidad, proporcionalidad, humanidad y salvaguarda de la dignidad humana.” ABEL SOUTO, M., *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado democrático*, Dilex, Madrid, 2006, p. 16.

<sup>85</sup> El artículo 25.1 de la Constitución de 1978 reconoce la potestad punitiva del Estado en sus dos vertientes: penal (delitos) y administrativa (infracciones).

<sup>86</sup> COBO DEL ROSAL y QUINTANAR DÍEZ parten de la definición objetiva de VON LISZT, que percibe al Derecho penal como un “conjunto de reglas jurídicas” y muestran su lado subjetivo o *ius puniendi* como aquel “poder que dimana de dichas normas y es regulado por ellas”. Cfr. COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M., *Instituciones de Derecho penal español. Parte general*, CESEJ, Madrid, 2004, p. 21. Desde el mismo punto de partida ABEL SOUTO analiza la evolución doctrinal del Derecho penal y, de la mano de MIR PUIG, LUZÓN PEÑA, RODRÍGUEZ MOURULLO, QUINTERO OLIVARES, CARBONELL MATEU, CEREZO MIR, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, integra su ámbitos objetivo y subjetivo en una única definición : “Sector del ordenamiento jurídico compuesto por normas, positivizadas mediante una Ley, que protegen valores fundamentales para el individuo y la comunidad, normas que, además, regulan el poder punitivo del Estado y le atribuyen la facultad de imponer penas, medidas de seguridad o consecuencias accesorias.” ABEL SOUTO, M., *Teorías de la pena... cit.*, p. 15.

<sup>87</sup> Según este autor, la naturaleza del *ius puniendi* no procede de un derecho subjetivo estatal, “sino de las funciones atribuidas por el Estado en virtud del pacto social traducido en la Constitución.” CARBONELL MATEU, J. C., *op. cit.*, p. 106.

<sup>88</sup> *Ibidem*.

Así, este “conjunto de potestades” emana directamente de la Constitución, norma fundamental de nuestro ordenamiento jurídico que proclama un Estado social y democrático de Derecho, razón por la que, en palabras de CARBONELL MATEU, “al mismo tiempo que lo otorga, limita su extensión, sometiéndolo a los principios que la inspiran al servicio de la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político.”<sup>89</sup>

Junto a este fundamento político o constitucional<sup>90</sup>, la doctrina advierte la presencia de un fundamento funcional, es decir, la “ineludible necesidad” del *ius puniendi* como instrumento para “garantizar la protección de la sociedad a través de la prevención general y especial de delitos” mediante la defensa de los bienes jurídicos “más preciados” contra las agresiones “más intolerables”<sup>91</sup>.

Es esta vertiente del *ius puniendi*, aunque observada desde la amplia posición del Derecho público, la que me interesa analizar en el presente trabajo, es

---

<sup>89</sup> *Ibidem*.

<sup>90</sup> El fundamento político y los posibles límites al *ius puniendi* dependerán del modelo de Estado en el que se desarrolle. Mientras que en un Estado de corte absolutista el Derecho penal se convierte en un “instrumento de control y dominación política, social, religiosa, étnica, etc.”, en un Estado democrático de Derecho opera como límite al poder punitivo estatal. Primero, con el advenimiento del Estado liberal, en donde el Derecho penal muestra un “mayor énfasis” en la protección de derechos individuales y los poderes públicos apenas intervienen en la ejecución de las penas (carácter puramente retributivo), más adelante, con la creación del Estado social, en el que se otorga una mayor garantía a los derechos e intereses colectivos y se produce una mayor intervención estatal en la ejecución de las penas, para lograr la reinserción del sujeto en la sociedad, y por último, con el Estado democrático, en el que se produce una “democratización del Derecho penal” con un “mayor respeto a las garantías jurídico constitucionales” derivadas de los derechos fundamentales y libertades públicas de todos los ciudadanos. *Cfr.* LUZÓN PEÑA, D.-M., “*ius puniendi*”, Enciclopedia..., *cit.*, pp. 858 y 859.

<sup>91</sup> *Ibidem*. Para LUZÓN PEÑA, ambos fundamentos, político y funcional, están vinculados entre sí de modo que cualquier principio limitador del Derecho penal encuentra su justificación en alguno de los dos. *Ibidem*

decir, el “sistema jurídico-sancionador” que, en palabras de NAVARRO CARDOSO, se dirige contra las “conductas desviadas más graves” y utiliza los dos “mecanismos más graves” de respuesta estatal: el Derecho penal (delitos y penas/medidas de seguridad) y el Derecho administrativo sancionador (infracciones y sanciones).<sup>92</sup>

Ambos instrumentos integran un sistema de carácter unitario caracterizado por dos fines, la *prevención* de conductas ilícitas y la *garantía* de las libertades del individuo, que convergen en una misma meta: la tutela de bienes jurídicos.<sup>93</sup>

Si partimos de esta unidad, tal y como expone BELTRÁN DE FELIPE, podemos distinguir dos consecuencias que informan nuestro sistema punitivo: la libertad del legislador a la hora de proteger los diferentes bienes jurídicos,

---

<sup>92</sup> Cfr. NAVARRO CARDOSO, F., *Infracción administrativa y delito: Límites a la intervención del Derecho Penal*, Colex, Madrid, 2001, pp. 23 y 24. . El profesor NAVARRO CARDOSO encuadra al sistema jurídico-sancionador dentro de los “sistemas de control social” y lo caracteriza por su atribución *institucional* (se trata de un poder “en manos del Estado”), su aspecto *formal* (recogido en el artículo 25 de la Constitución) y su perfil *dinámico* (doble vertiente o manifestación, penal y administrativa). Cfr. *op. cit.*, p. 27.

<sup>93</sup> Que el objeto de protección de estas dos ramas del *ius puniendi* estatal sea común a ambas comprende otra de las manifestaciones unitarias de este sistema sancionador: la utilización de los mismos “parámetros básicos” para la delimitación material de los bienes jurídicos, lo cual no impide que, en atención a los principios de intervención mínima y de fragmentariedad, “las conductas más graves e intolerables” contra un determinado bien se reserven al ámbito del Derecho penal. Así es, en palabras de NAVARRO CARDOSO, como “un mismo bien jurídico puede ser protegido por uno u otro orden jurídico.” Cfr. *op. cit.*, pp. 23 y 24. Pero, ¿cuáles son estos “parámetros básicos”? NAVARRO CARDOSO los distribuye en dos grupos denominados “criterios genéricos de delimitación de los bienes jurídicos”: por una parte, los “*derivados del fin de prevención*” (desde la “*realidad social*” y para el mantenimiento y desarrollo del “*orden social*” configurado por nuestra Constitución); por otra, los “*derivados del fin de garantía*” (basados en la protección de la libertad individual y los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a posibles excesos del poder punitivo estatal). De la proclamación constitucional del pluralismo político el autor deduce la “*exclusión de las concepciones ético-sociales*”, ya que, su inclusión como parámetros básicos, por su posición dominante en la sociedad, quebrarían los márgenes de libertad del individuo. Cfr. *op. cit.*, pp. 69-74.

mediante una tutela penal o administrativa<sup>94</sup>; y la necesidad de aplicar, en uno u otro supuesto, las garantías sustantivas y procesales del *ius puniendi* público, cuya vigencia, antes de la Constitución, se limitaba al ordenamiento penal.<sup>95</sup>

Por otra parte, aunque la concreción de esta identidad punitiva ofrece aspectos positivos, como la sistematización de una serie de principios informadores y criterios interpretativos para todo el *ius puniendi* (analizados en este trabajo y utilizados, a modo de cimientos, para la creación de sus propuestas y, a modo de fundamentos, para la consecución de sus conclusiones), también comporta una serie de dificultades o “incertidumbres”, tanto para la delimitación de sus manifestaciones (Derecho penal y Derecho administrativo sancionador), como para la aplicación de sus consecuencias jurídicas (penas y sanciones administrativas), especialmente a raíz del fenómeno de “inflación de normas

---

<sup>94</sup> La elección por el legislador de uno u otro camino marcará diferencias procedimentales que, aunque no deberían afectar a las garantías mínimas del ciudadano procesado en una causa penal o inculcado en un procedimiento sancionador, sí deberían ser respetadas por los jueces y tribunales durante el ejercicio de su potestad jurisdiccional, evitando el ejercicio de potestades administrativas en su tarea de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Esta es la postura de BELTRÁN DE FELIPE que critica una posible *intromisión* de los jueces y tribunales en la potestad sancionadora atribuida a las administraciones públicas y defiende su limitación a la mera verificación de la legalidad: “Salvo acaso en vigilancia penitenciaria no es a los jueces a quienes el ordenamiento han encargado la misión de imponer sanciones (o de reconstruir el proceso sancionador).” BELTRÁN DE FELIPE, M., *op. cit.* (I), p. 76. No obstante, esta postura choca con otras voces de la doctrina administrativista que, en vía de recurso contencioso-administrativo, defienden la *sustitución* de la voluntad administrativa por la judicial en beneficio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de todos los ciudadanos (artículo 24 CE).

<sup>95</sup> Cfr. BELTRÁN DE FELIPE, M., *op. cit.*, pp. 71-81. En palabras del autor: “Así que si el legislador quiere castigar una determinada conducta, es en principio libre de ponerla en uno u otro cesto (...), pero no es libre de descartar los principios que, por ser inherentes al *ius puniendi*, van a aplicarse a la imposición de ambos tipos de castigo.” *Op. cit.*, p. 73.

represivas” que se ha producido en nuestro ordenamiento en las últimas décadas.<sup>96</sup>

Pero, al margen de sus virtudes y defectos, lo cierto es que la mayoría de la doctrina y jurisprudencia proclaman la identidad sustancial de nuestro ordenamiento punitivo,<sup>97</sup> es decir, el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador proceden de la misma fuente, el *ius puniendi* estatal, tal y como ha sido reconocido por el poder constituyente en 1978.<sup>98</sup>

---

<sup>96</sup> BELTRÁN DE FELIPE califica este proceso de “paranoia criminalizadora” y sitúa su origen en el Código penal de 1995, aunque el desdoblamiento de ilícitos en el Derecho penal y en el Derecho administrativo sancionador se produce por la singular organización del sistema autonómico de nuestra Constitución que, a diferencia de la mayoría de Estados federales, otorga al legislador estatal la exclusividad sobre el Derecho penal, razón por la que las comunidades autónomas sólo han podido desarrollar su “esfuerzo represor” en el ámbito del Derecho administrativo sancionador. La principal consecuencia de este fenómeno, además del citado desdoblamiento de ilícitos, será el “desprestigio del Derecho” dada su inaplicación, la mayoría de las veces, es decir, muchas de las conductas ilícitas quedarán impunes. *Cfr.* BELTRÁN DE FELIPE, M., *op. cit.*, pp. 59-71. En palabras del autor: “Tal incertidumbre o inseguridad jurídica deriva derechamente de una circunstancia de capital importancia: la inflación de normas represivas (penales y administrativas). (...) Pero una cosa es que la complejidad de la vida moderna y la intervención de los poderes públicos expliquen un aumento de la vigilancia y del castigo y otra muy distinta que la actual exageración punitiva esté justificada”. *Op. cit.*, p. 62.

<sup>97</sup> Entre otras muchas sentencias cuyos fundamentos de derecho parten de la identidad sustancial del *ius puniendi* estatal: STS de 9 de febrero de 1972; STS de 31 de octubre de 1972; STS de 29 de septiembre de 1980; STS de 4 de noviembre de 1980; STS de 10 de noviembre de 1980; STS de 20 de enero de 1987; y STS de 13 de mayo de 1988. Asimismo, en el ámbito estrictamente constitucional, son pioneras las sentencias del Tribunal Constitucional núm. 2/1981, de 30 de enero, y núm. 18/1981, de 8 de junio. *Vid.* NIETO GARCÍA, A., *Derecho administrativo sancionador*, 4ª edición, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 149 y ss. *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la Administración: Dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional”, REDA, núm. 29, Civitas, 1981, pp. 359-368. Sin embargo, no faltan autores que discrepen de esta mayoría doctrinal y jurisprudencial, como SILVA SÁNCHEZ, GARCÍA CAVERO y FEIJOO SÁNCHEZ. *Vid.* BAJO FERNÁNDEZ, M., “Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3/2008, Barcelona. Disponible en internet: [http://www.indret.com/pdf/551\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/551_es.pdf).

<sup>98</sup> “Hasta entonces, acaso hasta unos pocos años antes, la duda apenas se planteaba. Lo punitivo-administrativo vivía al margen de lo punitivo-penal, y se concebía como una más de las herramientas o potestades administrativas, junto a la potestad reglamentaria, tributaria, revisión



Por consiguiente, sin entrar ahora en derivadas y sin perjuicio de evidentes diferencias de carácter formal<sup>99</sup>, adopto la identidad material del *ius puniendi* como línea de investigación<sup>100</sup> y fundamento para la aplicación, “con matices”<sup>101</sup>, de los principios penales al baremo sancionador objeto del presente trabajo.<sup>102</sup>

“Unidad sustancial” del sistema punitivo, cuya certeza procuro a lo largo de este capítulo, a modo de “supraconcepto del ilícito”, tal y como declaró el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de febrero de 1972<sup>103</sup>, “...compatible

---

de oficio, de ejecución forzosa, etc. Naturalmente, los principios y la dogmática penal tradicional no se le aplicaban.” BELTRÁN DE FELIPE, M, *op. cit.* (I), p. 71.

<sup>99</sup> Admitida la identidad material de ambos ordenamientos, considero que sus diferencias esenciales, a excepción de la restricción constitucional de la privación de libertad al ámbito penal, residen en el Derecho positivo y se circunscriben al ámbito puramente formal: pena – sanción administrativa; proceso judicial – procedimiento administrativo; y, órgano judicial – órgano administrativo. En palabras de BAJO FERNÁNDEZ, “Es injusto penal el castigado por los jueces, mediante penas criminales entendidas así por las leyes penales y en aplicación de un procedimiento criminal. Es administrativo aquel injusto que es castigado por órganos administrativos, con sanciones administrativas, aunque fueran punitivas o retributivas, y mediante un procedimiento administrativo. Otra distinción de carácter sustancial no es posible.” BAJO FERNÁNDEZ, M., “Nuevas tendencias...” *cit.*, p. 2.

<sup>100</sup> Tal y como indica el profesor RANDO CASERMEIRO, la “*unidad del ius puniendi estatal*” opera como fundamento “prácticamente unánime” en todos los estudios sobre las relaciones entre ambos “subsistemas de control”. “Ello supone partir de que el control represivo, punitivo, del estado se focaliza en el derecho penal y en el derecho penal administrativo sancionador.” RANDO CASERMEIRO, P., La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica, Tirant lo blanch, edición digital, Valencia, 2010, pp. 67-68.

<sup>101</sup> STC 18/1981, de 8 de junio, fundamento jurídico segundo.

<sup>102</sup> Unidad de nuestro sistema punitivo y delimitación de unas “líneas de demarcación” entre sus manifestaciones a modo de “presupuesto” para su “coordinación”, más allá de posiciones extremas que eliminan cualquier diferenciación entre ambos ordenamientos. *Cfr.* RANDO CASERMEIRO, P., *op. cit.*, p. 51

<sup>103</sup> Esta sentencia “constituye el punto de arranque de una tesis jurisprudencial que se mostrará indiscutida en el futuro”. RANDO CASERMEIRO, P., *op. cit.*, p. 88. Le siguen la STS de 9 de marzo de 1972, “otro hito fundamental en la configuración unitaria del *ius puniendi*”, la STS de



con la existencia de diversas manifestaciones denoménicas, entre las cuales se encuentran tanto el ilícito administrativo como el penal, que exigen ambos un comportamiento humano, positivo o negativo, una antijuridicidad, la culpabilidad, el resultado potencial o actualmente dañoso y la relación causal entre este y la acción”.<sup>104</sup>

Junto a la jurisprudencia española, NIETO GARCÍA cita la Sentencia de 21 de febrero de 1984 (caso Oztürk), en la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>105</sup> respaldó la opción del legislador a la hora de tipificar una conducta como infracción penal o administrativa, siempre que respete las garantías del ordenamiento punitivo para con los ciudadanos.<sup>106</sup>

---

17 de junio de 1974, la STS de 21 de marzo de 1979, que reconoce una “gran similitud” entre “la potestad sancionadora de la administración y la potestad punitiva que obliga (...), a la aplicación de los principios más beneficiosos extraídos del campo penal,” (CDO 3°), las SSTS de 4 y 10 de noviembre de 1980, y la STS de 29 de septiembre de 1980 (*vid.* “Los primeros pasos del Tribunal Supremo”, pp. 87-90), “...ya con el firme aval del artículo 25 de la Constitución de 1978, de forma que esté fuera de toda duda el carácter esencialmente punitivo de la potestad sancionadora de la administración.” *Op. cit.* p. 89.

<sup>104</sup> STS de 9 de febrero de 1972; considerando segundo.

<sup>105</sup> Como señaló RANDO CASERMEIRO, “...la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos se ha ocupado de dotar de sustantividad a un concepto general de *derecho punitivo* integrado por el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, cuyo acervo ha sido recogido y aplicado por los tribunales españoles.” RANDO CASERMEIRO, P., *op. cit.*, p. 76. Entre otras sentencias determinantes de este acervo, construido en torno al artículo 6 del CEDH (derecho a un proceso equitativo), el autor destaca las siguientes: SSTEDH de 8 de junio de 1976 (caso Engel y otros); de 21 de febrero de 1984 (caso Ozturk); de 28 de junio de 1984 (caso Campbell y Fell); de 22 de mayo de 1990 (caso Weber); de 27 de agosto de 1991 (caso Demicoli); de 2 de septiembre de 1998 (caso Lanko); de 4 de marzo de 2004 (caso Silvester’s Horeca Service). La principal consecuencia de esta jurisprudencia europea es la consideración de cualquier respuesta represiva de los poderes públicos derivada de la comisión de una infracción como “*derecho punitivo*, lo cual demanda la aplicación de un conjunto de “garantías y derechos” cuya titularidad recae en los ciudadanos y tienen como fundamento la unidad del *ius puniendi estatal*. *Vid.* RANDO CASERMEIRO, P., *op. cit.*, pp. 76-87.

<sup>106</sup> “Lo verdaderamente importante son las consecuencias de tales etiquetados, de tal manera que, sea cual fuere su calificación legal, es esencial que con su alteración no se degraden las garantías mínimas de su régimen jurídico.” NIETO GARCÍA, A., *op. cit.*, p. 151.

De acuerdo con esta jurisprudencia, el citado autor identifica el término “supraconcepto” del “*ius puniendi* público” como una categoría superior a los ámbitos penal y administrativo sancionador, que ejerce de elemento integrador de dos figuras aparentemente distintas.<sup>107</sup> Lo mismo ocurre con el “ilícito común” que integra ambos ordenamientos como caras de una misma moneda; el Derecho punitivo.

En este contexto y sobre la base de su naturaleza administrativa, propone un concepto autónomo de potestad sancionadora, esto es, al margen del Derecho penal<sup>108</sup> y vinculada directamente con el Derecho público estatal. Su atribución se corresponde con el ámbito material de la concreta actuación administrativa en que se desenvuelve y con la finalidad de proteger el mismo interés público que persigue la actuación administrativa en dicha materia.<sup>109</sup>

Siguiendo la ruta marcada por las tesis de la unidad del sistema punitivo, paso a examinar las relaciones entre ambas manifestaciones de lo ilícito: el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Desde este punto parten las teorías que buscan la delimitación de los delitos y las infracciones

---

<sup>107</sup> Cfr. NIETO GARCÍA, A., *op. cit.*, p. 149.

<sup>108</sup> “El Derecho Administrativo Sancionador toma en préstamo los instrumentos que le proporciona el Derecho Penal sencillamente porque le son útiles por causa de su maduración más avanzada y de su superación teórica.” NIETO GARCÍA, A., *op. cit.*, p. 85.

<sup>109</sup> El autor valora positivamente la tesis de la potestad punitiva estatal y sus dos manifestaciones para otorgar al Derecho administrativo sancionador de una “estructura práctica y conceptual”. También revela sus efectos negativos, como su fragilidad teórica y la incongruencia de someter el ejercicio de la potestad sancionadora a la potestad jurisdiccional de Jueces y Tribunales. Por eso propone reforzar este ordenamiento con dos “instrumentos correctores”: una vinculación directa con el Derecho público y la recuperación de su naturaleza administrativa, “enfaticando particularmente el hecho de que la potestad sancionadora es un anejo de la potestad o competencia material que opera de matriz.” *Ibidem*.

administrativas, especialmente aquellas que tan sólo aprecian diferencias de carácter cuantitativo. El profesor NIETO considera este debate superfluo por dos motivos:

En primer lugar; numerosas sentencias del Tribunal Supremo proclaman la “unidad ontológica” de ambos ilícitos<sup>110</sup>, por lo que en la práctica jurídica delitos e infracciones administrativas reciben un tratamiento semejante por parte del ordenamiento jurídico y quedan sometidos a las garantías mínimas del *ius puniendi* estatal<sup>111</sup>.

En segundo lugar; desde un plano más teórico, niega la unidad entre delitos e infracciones y afirma que se trata de conceptos “rigurosa y exclusivamente normativos”<sup>112</sup>, dada la libertad del legislador para tipificar una conducta dentro de una u otra rama del ordenamiento punitivo. Es decir, su configuración como norma penal o administrativa no depende de una hipotética identidad

---

<sup>110</sup> Como punto de partida para la delimitación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador me acojo a las tesis que sostienen su identidad ontológica y formulan una posible distinción desde perspectivas valorativas o teleológicas, como pudiera ser, por ejemplo, la protección de los bienes jurídicos. *Vid.* RANDO CASERMEIRO, P., *op. cit.*, pp. 45-52. En palabras del profesor GÓMEZ TOMILLO: “Aceptar la idéntica naturaleza jurídica de infracciones administrativas y delitos, sin embargo, no lleva asociado ineludiblemente la necesidad de equipar la regulación en todos sus extremos.” GÓMEZ TOMILLO, M., *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, Aranzadi, 2008, Pamplona, p. 236.

<sup>111</sup> El Tribunal Supremo se apoya en el vínculo material establecido por el artículo 25 CE para negar cualquier diferencia jurídica entre las penas y las sanciones administrativas. *Vid.* STS de 4 de junio de 1989, STS de 4 de julio de 1989, y STS de 13 de octubre de 1989. *Cfr.* NIETO GARCÍA, A., *op. cit.*, pp. 154 y 155.

<sup>112</sup> *Ibidem.*

ontológica entre ambos ilícitos sino de una determinada política legislativa, de ahí su carácter normativo.<sup>113</sup>

De conformidad con este planteamiento, sostiene la existencia de dos clases de normas: las penales –delitos– y las administrativas –infracciones–. Unas y otras atribuyen el ejercicio de la potestad a órganos distintos, contemplan procedimientos diversos y prevén consecuencias diferentes.<sup>114</sup>

Sin embargo, a pesar de su contraste normativo, el ordenamiento penal realiza una “función integradora” sobre el Derecho administrativo sancionador, de modo que “contribuye a la constitución de una disciplina jurídica y académica propia”.<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> NIETO GARCÍA, A., *op. cit.*, pp. 155-159. “...la teoría de la identidad ontológica no tenía otra función que la de prestar una cobertura teórica a la extensión del Derecho penal al Derecho Administrativo Sancionador. Cobertura que, por cierto, ha sido necesaria durante muy poco tiempo, ya que inicialmente se aplicaba el Derecho penal simplemente por «analogía», en razón de la «afinidad» de ambos grupos de ilícitos.” *Op. cit.*, p. 159.

<sup>114</sup> Cfr. NIETO GARCÍA, A., *op. cit.*, p. 152. Desde la sentencia *Engel*, de 8 de junio de 1976, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció tres requisitos o “criterios de *Engel*” para la identificación de una norma como penal: 1º) la calificación del ordenamiento jurídico como norma penal; 2º) la naturaleza material de la infracción; y 3º) la naturaleza y severidad de la sanción (*Vid.* STEDH de 8 de junio de 1976, fundamentos de derecho, apartado 82). “Los criterios segundo y tercero son alternativos y no necesariamente acumulativos. Esto, sin embargo no excluye una aproximación acumulativa donde un análisis por separado de cada criterio no haga posible llegar a una conclusión clara como la existencia de una acusación penal”. (*Vid.* STEDH, de 19 de febrero de 2013, caso *Muller-Hartburg* contra Austria, fundamentos de derecho, apartado 42).

<sup>115</sup> NIETO GARCÍA describe la función integradora del Derecho penal sobre el Derecho administrativo sancionador, como “freno impuesto por el Derecho a la libre y tendencialmente autoritaria intervención de la Administración pública”, y su desarrollo a través de tres etapas: 1ª) Aplicación del ordenamiento penal a las infracciones administrativas “con carácter supletorio y para el llenado de lagunas”; 2ª) La aplicación directa de los principios del Derecho penal sucede a la aplicación supletoria; y 3ª) La Constitución de 1978 proclama la aplicación de estos principios al Derecho administrativo sancionador en sus artículos 24 y 25. No obstante, el profesor NIETO puntualiza esta tesis porque la aplicación de los principios del Derecho penal

Hasta aquí el *ius puniendi* estatal, interpretado como un supraconcepto que acoge tanto a ilícitos penales como administrativos. En el siguiente epígrafe, expongo las diferentes teorías sobre la delimitación de ambas disciplinas y la reciente evolución doctrinal sobre su disociación inicial; desde las tesis cualitativas alemanas rebatidas por el profesor CEREZO MIR, que encabezó la defensa de una delimitación puramente cuantitativa, hasta las teorías de unidad sustancial entre ambos ordenamientos, defendidas por la mayoría doctrinal en nuestros días<sup>116</sup>.



---

no puede realizarse directamente sino “de forma matizada”, por lo que “no todos los principios penales son aplicables, sin más, a los ilícitos administrativos.” *Cfr. op. cit.*, pp. 162-165.

<sup>116</sup> Según GÓMEZ TOMILLO, al margen de que se acepten o no posibles matices de carácter cuantitativo, las tesis mayoritarias de la primera década del siglo XXI postulan una misma naturaleza entre ambos ilícitos, es decir, infracción penal e infracción administrativa “serían esencial, material y sustancialmente idénticas”. Entre los penalistas más representativos de esta posición, citados por el profesor GÓMEZ TOMILLO: CEREZO MIR, J.; GRACIA MARTÍN, L.; MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M.; FERRÉ OLIVÉ, J. C.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.; MIR PUIG, S.; SILVA FORNÉ, D.; TERRADILLOS BASOCO, J.; MAPELLI CAFFARENA, B.; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.; HUERTA TOCILDO, S. y CUELLO CONTRERAS, J.; *Cfr. GÓMEZ TOMILLO, op. cit.*, pp. 68-70.

## II.2- La delimitación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador antes y después de la Constitución española de 1978.

Es a partir del año 1939 cuando las teorías cualitativas sirven de fundamento a la doctrina española y jurisprudencia del Tribunal Supremo para defender la independencia de ambos órdenes y, por consiguiente, la vigencia del *bis in idem*.<sup>117</sup> Desde esa fecha hasta los años setenta, “la expansión del poder sancionador” se traslada a todos los sectores de la actividad administrativa<sup>118</sup>.

Treinta y tres años más tarde, en 1972, PARADA VÁZQUEZ denunció una “crisis del sistema judicial penal” derivada de un excesivo grado de poder sancionador en manos del ejecutivo, que los penalistas del momento consideraban ajeno al ámbito administrativo.<sup>119</sup>

Planteado el estado de la cuestión, revisó el Derecho comparado e hizo un crítico repaso a los últimos 160 años de ejercicio de la potestad sancionadora

---

<sup>117</sup> Cfr. GARCÍA ALBERO, R.M., La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos, en El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz, QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F., Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, p. 325. “En las doctrinas cualitativas de orientación administrativista, encontrará la doctrina y jurisprudencia prácticamente hasta mediados de los setenta, la posibilidad de fundamentar tanto la independencia cuanto la compatibilidad sobre los mismos hechos de ambos sistemas sancionadores.” *Ibidem*.

<sup>118</sup> Cfr. GARCÍA ALBERO, R.M., *op. cit.*, p. 323.

<sup>119</sup> “Los penalistas acusan al Derecho administrativo de acaparamiento indebido de las funciones represivas y de vaciar las naturales competencias de los tribunales penales”. Por otro lado, según el citado autor, “...el Derecho administrativo teoriza y legitima dicho poder como connatural y esencial para el normal funcionamiento del ejecutivo”. PARADA VÁZQUEZ, J.R. “El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal”, RAP, núm. 67, CEPC, enero/abril, 1972, p. 42.



por la Administración española.<sup>120</sup> De esta forma, PARADA VÁZQUEZ muestra un análisis del régimen jurídico anterior a la Constitución de 1978, presidido por las siguientes notas:<sup>121</sup>

---

<sup>120</sup> PARADA VÁZQUEZ, J.R., “El poder sancionador...”, *cit.* pp. 66 y ss. A lo largo de su examen, de marcado carácter historicista, el profesor trata de esclarecer el origen y posterior desarrollo de la potestad sancionadora de la Administración en España y distingue tres períodos: de la Constitución de Cádiz (1812), hasta la dictadura de Primo de Rivera (1923); de la dictadura hasta la II República (1931); y de la II República hasta la publicación de su trabajo en la RAP (1972). El autor es crítico con los diferentes modelos adoptados a lo largo de los tres períodos y se vuelve especialmente cáustico durante el análisis de la obra del profesor COLMEIRO, M., Derecho administrativo español (1850), dada su justificación al otorgamiento de una *potestad coercitiva* a la Administración que garantice su independencia. En palabras de PARADA VÁZQUEZ: “La falta de lógica y la incongruencia del pensamiento de COLMEIRO –en cuanto no puede menos de reconocer el carácter judicial del poder sancionador- se ponen también de manifiesto a propósito de sus consideraciones sobre el ámbito de la potestad reglamentaria, en la que incluye la potestad de establecer penas”. PARADA VÁZQUEZ, J.R., “El poder sancionador...”, *cit.*, p. 74.

A mi juicio, el profesor COLMEIRO plantea la posibilidad de establecer *penas* mediante normas reglamentarias como una excepción al principio de legalidad, que rige con carácter general en el ámbito penal aunque presente zonas de *libre acampada* como, por ejemplo, la delegación legislativa previa. *Ibidem*. Desde una noción amplia del concepto de *pena* (penas y sanciones administrativas), el legislador actual reformula este planteamiento en supuestos como el del régimen local, donde la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local (BOE núm. 301, de 17 de diciembre de 2003), establece la posibilidad de tipificar sanciones administrativas mediante ordenanzas aprobadas por las entidades locales en el ámbito material de sus propias competencias (artículos 139 y ss. de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, publicada en el BOE núm. 80, el 3 de abril de 1985).

<sup>121</sup> El autor muestra un panorama preconstitucional desolador, de características similares al *derecho represivo prebeccariano* denunciado por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA y que será objeto de mención, *ut infra*, en el presente trabajo. Esta misma diagnosis es formulada por MARTÍN-RETORTILLO BAQUER en un artículo publicado en *Revista de Administración Pública*, en el año 1976. MARTÍN-RETORTILLO denuncia una “pervivencia actual de criterios del Antiguo Régimen” y analiza las notas anacrónicas de nuestro sistema administrativo sancionador a través de ejemplos extraídos de la ordenación vigente sobre diversos sectores encomendados a la Administración (orden público, montes, tráfico...). La censura del autor recae sobre las siguientes características:

- Vaguedad e impresión en la tipificación de infracciones y sanciones, “llegándose incluso a la admisión de la analogía, así como a la admisión de sanciones en base a cláusulas generales.”
- Vigencia del *solve et repete* y no prohibición de la *reformatio in peius* ante supuestos de *recursos temerarios* (hasta un 20% adicional sobre la cuantía impuesta en la resolución recurrida, si la Administración considera el recurso *temerario*).



- Reconocimiento de las sanciones “de plano”, que son impuestas por autoridades y tribunales administrativos indistintamente, sin expediente sancionador.
- Las reglas y principios de aplicación al procedimiento se encuentran al margen de las directrices del Derecho penal<sup>122</sup>.
- Los actos administrativos de carácter sancionador sólo son impugnables a través de recursos administrativos no suspensivos y, “...en ocasiones condicionados a la regla *solve et repete*”.<sup>123</sup>

- 
- Falta de rigor en la determinación de las multas, ya que un porcentaje del total puede beneficiar directamente a la unidad sancionadora o, incluso, al funcionario o funcionarios que hayan participado, bien en el procedimiento, bien como denunciantes.
  - Posibilidad de que la Administración pueda regular aspectos decisivos del “fenómeno sancionatorio” mediante la aprobación de normas jurídicas.
  - Absoluta discrecionalidad reconocida a la Administración para iniciar el procedimiento sancionador.

A lo largo de todo su artículo, el profesor MARTÍN-RETORTILLO reprueba el incremento de las multas administrativas y su imposición por la Administración de forma abusiva y desconsiderada, con un clamoroso olvido de su labor informadora y asesora hacia los ciudadanos. El propio autor no puede ser más explícito: “No voy a ahondar ahora en el vivísimo anecdotario derivado de los actos de imposición cotidiana donde, desgraciadamente, no son escasos los supuestos de manifiesta desconsideración o desprecio para con los ciudadanos quienes, con frecuencia, pueden sentirse del todo desamparados y carentes de los mínimos medios jurídicos de llegar a defender su propia dignidad”. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “Multas administrativas”, RAP, núm. 79, CEPC, enero/abril 1976, pp. 21-23. Un análisis más reciente sobre la aparición de la potestad sancionadora junto al Derecho penal en el ordenamiento jurídico español y su paralela evolución durante los siglos XIX y principios del XX es efectuado por RANDO CASERMEIRO, P., en “La evolución de la relación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador en la España del siglo XIX y principios del XX”, publicado en la *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, UNED, núm. 12, año 2003, pp.141-190.

<sup>122</sup> “...las reglas de fondo aplicables coinciden o no con las reglas y principios del Derecho penal, cuya aplicación subsidiaria en unos casos ha sido admitida y en otros rechazada por la jurisprudencia”. PARADA VÁZQUEZ, J.R., “El poder sancionador...”, *cit.*, p. 67.

- Falta de coordinación y reglas de vinculación entre la jurisdicción penal y la potestad sancionadora, lo cual produce una ausencia de garantías en defensa de los ciudadanos.<sup>124</sup>

Asimismo, PARADA analizó las causas que provocaron el rechazo de la doctrina penalista hacia la “legislación administrativa represiva”, como su “falta de codificación”, su “supuesta falta de tipicidad” y, muy especialmente, su imposición por la propia Administración a través de órganos que operan “a modo de tribunales administrativos”, razones que, no obstante su naturaleza formal, dejaron al Derecho administrativo sancionador fuera del estudio científico penal y al margen de sus principios informadores.<sup>125</sup>

En 1975, MUÑOZ CONDE publicó *Introducción al Derecho penal*<sup>126</sup>, una obra que contribuye a la renovación del Derecho penal moderno<sup>127</sup>, en la que su

---

<sup>123</sup> *Ibidem*

<sup>124</sup> Como describe el profesor GARCÍA ALBERO, desde las denuncias por el abuso del poder sancionador en manos del ejecutivo, así como por su carácter autoritario y *prebeccariano*, “ha sido constante el esfuerzo por articular una teoría del ilícito administrativo que incorpore los contenidos garantistas desarrollados durante más de un siglo por la ciencia penal, y en el trasfondo de dicha pretensión aparece, como motor, una consideración unitaria, sustancial de ambos fenómenos represivos.” Es decir, desde una situación de desmedido poder sancionador administrativo, las teorías cuantitativas o unitarias constituyen el camino más corto hacia la aplicación de las garantías del Derecho penal. GARCÍA ALBERO, R.M., *op. cit.*, p. 297.

<sup>125</sup> *Cfr.* PARADA VÁZQUEZ, J. R., “El poder sancionador...”, *cit.*, pp. 43-45.

<sup>126</sup> *Vid.* MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1975, posteriormente reeditado en la colección *Maestros del Derecho Penal*, nº 3, por B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2001. Para este autor, el Derecho penal moderno es “un último recurso inspirado por el principio de intervención mínima, al que el Estado debe recurrir sólo cuando se trata de evitar o sancionar comportamientos muy graves que atacan a bienes jurídicos fundamentales” (*cit.* p. 16), por lo que resulta imprescindible habilitar otros “instrumentos protectores” menos lesivos y limitadores de derechos para los ciudadanos. *Cfr.* MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, p. 16. De acuerdo con el profesor Gonzalo D. FERNÁNDEZ, catedrático

autor, a la par que defiende su carácter autónomo, reconoce la coexistencia de sanciones penales con otro tipo de sanciones (civiles o administrativas), lo que, a juicio de dicho autor, genera “*fricciones y zonas grises*” entre el Derecho penal y otros pretendidos “*derechos penales*”<sup>128</sup>.

Ante esta especial sincronía y de acuerdo con las ideas de M. E. MAYER<sup>129</sup>, MUÑOZ CONDE propone el principio de intervención mínima<sup>130</sup> y, por consecuencia, la especial necesidad de protección de un determinado bien, como llave para obtener la protección penal del Estado y revestirla de un

---

de Derecho penal de la Universidad de Montevideo e introductor de esta reedición, aunque el origen del libro resulta de una memoria de oposiciones elaborada para aspirar a una cátedra universitaria, su proyección trascendió ampliamente este requerimiento.

<sup>127</sup> El profesor MIR PUIG publicó Introducción a las bases del Derecho penal un año más tarde (1ª edición, Bosch, Barcelona, 1976; 2ª edición, B de F, Buenos Aires, 1982) y en ella sostuvo la función preventiva de la pena y las bondades del Estado social y democrático de Derecho antes de que la Constitución española fuese aprobada y su artículo 25.1 declarase la orientación de las penas privativas de libertad hacia la reeducación y reinserción social. Tres años después publicó Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, (1ª edición, Bosch, 1979; 2ª edición, Bosch, 1982). Utilizo ambos libros de apoyo, junto con otras obras de la doctrina científica, para el análisis sobre la pena y su función en el tercer capítulo de este trabajo.

<sup>128</sup> “De todos ellos, el más importantes –tanto teórica como prácticamente– es el llamado derecho penal administrativo”. MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, p. 113.

<sup>129</sup> Vid. MAYER, M.E., *Der Allgemeiner Teildeasdeutschen Strafrechts*, 2ª edición, 1923, p. 23, *cit.* por MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, p. 125.

<sup>130</sup> El principio de intervención mínima recae sobre el legislador y opera como garantía de los ciudadanos frente a las exigencias de las normas que integran el Derecho penal. Cfr. GONZÁLEZ RUS, J.J., *op. cit.*, p. 242. Así, dice este autor, “su desenvolvimiento y desarrollo, como es sabido se asienta en dos postulados: el entendimiento del Derecho penal como la *ultima ratio* del ordenamiento penal y la afirmación del carácter fragmentario del mismo.” GONZÁLEZ RUS, J.J., *op. cit.*, p. 243. El autor interpreta este principio bajo la cláusula de Estado social para exigir a los poderes públicos, con carácter previo a cualquier conducta de naturaleza coactiva, “el desarrollo de una política positiva de carácter social, desprovista de sentido sancionatorio”, con el fin de evitar “conductas perturbadoras” sin necesidad de acudir al *ius puniendi* estatal. *Ibidem*.

carácter jurídico, mientras le otorga al Derecho penal autónomo un “*carácter fragmentario*”.<sup>131</sup>

Para llegar a esta conclusión y sobre la base de un “sistema social de convivencia”<sup>132</sup>, atribuye a la norma penal una doble función: protectora y motivadora<sup>133</sup>. Es aquí donde entra en juego el concepto de *bien jurídico protegido*<sup>134</sup>, ya que, “la norma penal, el derecho penal, protege los bienes

---

<sup>131</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, pp. 123-128. Considera el autor y así lo repite sucesivamente en esta obra, que el Derecho penal se limita a castigar exclusivamente las acciones más graves contra los bienes jurídicos más relevantes, de ahí su “carácter fragmentario”, expresión originaria de BINDING; es decir, el Derecho penal se ocupa de determinados fragmentos del ordenamiento jurídico sumamente relevantes y, por consiguiente, dignos de la más alta protección jurídica. *Ibidem*. Sin embargo, el carácter fragmentario respondía, en su concepción original, más a un defecto del ordenamiento penal que a un límite o garantía hacia los ciudadanos, dada su “imperfección” por la presencia de abundantes lagunas. Cfr. RANDO CASERMEIRO, P., *La distinción...*, *cit.*, p. 188.

<sup>132</sup> MUÑOZ CONDE se apoya en la obra del sociólogo estadounidense PARSONS, T., “El sistema social”, escrita en 1951 y traducida por Jiménez Blanco y Cazorla Pérez en 1966. Por eso, no le interesa la función de la norma penal en beneficio “de un determinado sistema ideológico” sino “respecto de la convivencia humana, que es el fin y al mismo tiempo la base de todo sistema social.” MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, pp. 89.

<sup>133</sup> *Ibidem*: “Protección y motivación o, mejor dicho, protección a través de la motivación, son las dos funciones inseparables e interdependientes de la norma penal.”

<sup>134</sup> El concepto de bien jurídico protegido ocupó el centro del debate dogmático a raíz de la declaración de constitucionalidad del delito de homosexualidad entre adultos, por parte del Tribunal Constitucional alemán, el 10 de mayo de 1957. Vid. VIVES ANTÓN, T.S., *Fundamentos...*, *cit.*, Capítulo XVIII, pp.797-832. El autor describe el planteamiento de JÄGER, que cuestiona el bien jurídico protegido por esta norma, rechaza una concepción puramente formal de la infracción penal y exige la necesidad de “un bien jurídico *objetivo*, previo a la norma, que concrete la realidad que ésta pretende tutelar y que no puede consistir en la moral sexual pues ésta es un puro orden de valores y normas que, como tal, no tiene otra objetividad que la que, formalmente, le proporciona la ley.” *Op. cit.* p. 813. Este mismo análisis es realizado por el propio VIVES ANTÓN, que examina la evolución jurídico penal de la apología del delito y, dada la “imposibilidad de formular un concepto genérico de bien jurídico”, propone una “concepción procedimental”, es decir, un concepto cuyo fundamento es la “*justificación racional*” del delito y la pena, y su fuente de inspiración no es previa al Derecho sino inherente a la Constitución y a los derechos fundamentales reconocidos por ésta (Cfr., *op. cit.*, pp. 826-832): “El bien jurídico así determinado, por lo tanto, no preexiste al Derecho; pero sí a las concretas tipificaciones penales: se trata de una redefinición de los bienes

jurídicos “que albergan los presupuestos indispensables para la “autorrealización humana” dentro de la sociedad.”<sup>135</sup>

El autor se acoge a la clásica división entre delitos contra los particulares y delitos contra la sociedad para clasificar los *bienes jurídicos*<sup>136</sup> en dos categorías paralelas:

- 1- *Bienes jurídicos individuales*; afectan al sujeto como individuo.<sup>137</sup>
- 2- *Bienes jurídicos comunitarios*; afectan a la sociedad en su conjunto.<sup>138</sup>

---

jurídicos que asume como punto de referencia no sólo el Código penal, sino también la Constitución.” *Op. cit.* p. 831.

<sup>135</sup> MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, p. 90. Expuestas las funciones de la norma penal, MUÑOZ CONDE erige su teoría del *carácter fragmentario* del Derecho penal sobre el concepto del bien jurídico protegido y el principio de intervención mínima dada la “especial gravedad de los medios empleados por la norma penal (...) y en que sólo interviene o debe intervenir en los casos de ataques muy graves a la convivencia pacífica en la comunidad.”; *ibidem*.

<sup>136</sup> Los profesores COBO DEL ROSAL y QUINTANAR DÍEZ describen las dos funciones del bien jurídico en su relación con el Derecho penal de la dogmática neoclásica: la función “política y garantista”, por la que se convierte en presupuesto del delito “la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico social o individualmente relevante”; y la función “técnica”, como “elemento material” del tipo de injusto. *Cfr.* COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M., *op. cit.*, p. 129.

<sup>137</sup> MUÑOZ CONDE incluye en esta categoría, en primer lugar, la vida y la salud (integridad física, de acuerdo con la redacción del artículo 15 CE) y, en segundo término, otros valores “que permiten la afirmación de la personalidad y su libre desarrollo” como la libertad y el honor. *Cfr.* MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, p. 91.

<sup>138</sup> *Ibidem*; entre estos bienes, “...que suponen un cierto orden social estatal”, incluye, a título meramente enunciativo, la salud pública, la seguridad en el tráfico motorizado y la organización política.

Seleccionados los bienes jurídicos más relevantes para el individuo y la convivencia social, delimita el “poder punitivo estatal” a través del *principio de intervención mínima*, lo que conlleva como principal efecto el carácter *subsidiario* del Derecho penal frente a otras manifestaciones del *ius puniendi*, como, por ejemplo, el “derecho penal administrativo”.<sup>139</sup>

Así lo considera también ROXIN, para quien el bien jurídico protegido es presupuesto de la punibilidad<sup>140</sup>, descripción que realiza bajo el epígrafe “concepto material de delito”, el cual, en contraposición al concepto formal<sup>141</sup>,

---

<sup>139</sup> No obstante, el autor contempla el carácter subsidiario, accesorio o secundario del Derecho penal, no como una dependencia hacia otras ramas del ordenamiento sino como una consecuencia directa del principio de intervención mínima. De esta forma, bajo las tesis de Reinhart MAURACH, analiza la subsidiaridad del Derecho penal desde la defensa de la independencia de sus *efectos* y, en menor medida, de sus *presupuestos*. Mientras defiende una absoluta autonomía de sus *efectos*, porque debe recoger, en exclusiva, las sanciones más graves del ordenamiento jurídico, relativiza la autonomía de sus *presupuestos*, dado que todas las ramas del Derecho guardan relación entre sí y muchos delitos, como los que atentan contra el patrimonio, por ejemplo, guardan una estrecha relación con otras disciplinas jurídicas, de ahí la regulación de las cuestiones prejudiciales en la LECR (artículos 3 al 7). Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, pp. 113 y ss.

<sup>140</sup> ROXIN, C., Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, traducción de la 2ª edición alemana y notas por LUZÓN PEÑA, D.-M., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y DE VICENTE REMESAL, J., Civitas, Madrid, 1997, p. 52. El profesor MIR PUIG analiza los límites del normativismo penal y distingue entre *normativismo moderado* (ROXIN) y *normativismo radical* (JAKOBS). Vid. MIR PUIG, S., “Límites...” *cit.* pp. 18-1/18-24.

<sup>141</sup> Para ROXIN el criterio formal que identifica al Derecho penal no reside en sus presupuestos sino en sus consecuencias, es decir en las sanciones que lo caracterizan (penas y medidas de seguridad). “Pena y medida son por tanto el punto de referencia común a todos los preceptos jurídico penales, lo que significa que el Derecho penal en sentido formal es definido por sus sanciones. Si un precepto pertenece al Derecho penal no es porque regule normativamente la infracción de mandatos o prohibiciones –pues eso lo hacen también múltiples preceptos civiles o administrativos–, sino porque esa infracción es sancionada mediante penas o medidas de seguridad.” ROXIN, C., *op. cit.*, p. 41.



trata de esclarecer los criterios materiales que justifican la tipificación de una conducta como delito, más allá de su definición por la norma positiva<sup>142</sup>.

En términos más generales, las teorías sobre la relación entre los bienes jurídicos protegidos y el Derecho penal en Europa, desde la segunda mitad del siglo XX, se reducen a dos grupos: las tesis jurídico-constitucionales y las tesis sociológicas<sup>143</sup>. Las primeras se basan en valores previamente recogidos por la correspondiente norma fundamental, que deberán guardar una relación de equilibrio con los valores reconocidos por la ley penal<sup>144</sup>. Por el contrario, las tesis sociológicas propugnan como bien jurídico protegido aquellos valores que

---

<sup>142</sup> El “*concepto material de delito*” es previo al Derecho penal codificado e indaga sobre “los criterios materiales de la conducta punible”, que el legislador utilizará como parámetros para decidir qué conductas debe penar y qué conductas no merecen ser penadas. Como indica expresamente el autor, “[s]u descripción se deriva del cometido del Derecho penal que aquí se entiende como «*protección subsidiaria de bienes jurídicos*»”. ROXIN, C., *op. cit.*, p. 51.

<sup>143</sup> Cfr. BIANCHI PÉREZ, P.B., “Evolución del concepto de bien jurídico en la dogmática penal” en *DIKAIOSYNE, Revista semestral de filosofía práctica*, Universidad de los Andes, núm. 22, Mérida (Venezuela), enero-junio, 2009, pp. 33 y ss. En su recorrido por la evolución de este concepto, BIANCHI PÉREZ sigue al profesor BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal. Parte general*, 4ª edición, PPU, S.A., Barcelona 1994, y aboga por una postura ecléctica, es decir, sin renunciar al carácter social de todo bien jurídico y desde una perspectiva democrática, considera a la norma constitucional como el mejor criterio delimitador negativo para la punibilidad penal. Con todo, la autora defiende la necesidad de ir más allá de estas pautas, ya que, para otorgar una protección penal a un bien no es suficiente con alcanzar “su relevancia social y su no contradicción con los valores del Estado Social y Democrático de Derecho constitucionalmente establecido.” Además de un *merecimiento de protección*, que constituye un “necesario punto de partida” en la defensa del bien, la autora completa el proceso con la comprobación de la *necesidad de la tutela penal*, es decir, su sometimiento a “...los principios político-criminales que inspiran el ejercicio del *ius puniendi* estatal, tales como: el principio de intervención mínima, de subsidiariedad, de fragmentariedad y de proporcionalidad.” BIANCHI PÉREZ, P.B., *op. cit.* p. 46.

<sup>144</sup> Representantes de esta tesis, según la citada autora: BRICOLA; RUDOLPHI; GONZÁLEZ RUS; ROXIN; FIANDACA; MALARÉE; PULITANO; MANTOVANI; MUSCO; y DONINI. Vid. BIANCHI PÉREZ, P.B., *op. cit.*, pp. 33 a 39.



pueden ser objeto de daño social<sup>145</sup>. De esta manera, mientras las primeras teorías identifican el bien jurídico con los valores constitucionales, las teorías sociológicas consideran al bien jurídico como una realidad previa al Derecho y que debe ser tutelada por éste en sus diversas manifestaciones<sup>146</sup>.

Algunos penalistas, como NAVARRO CARDOSO<sup>147</sup>, defienden las dos concepciones porque, tanto el control social, como la propia protección de bienes jurídicos, constituyen puntos de vista diferentes pero no incompatibles en el conjunto de las funciones del Derecho penal.<sup>148</sup>

---

<sup>145</sup> Representantes de las tesis sociológicas: JÄGER; AMELUNG; LUHMANN; CALLIES; MIR PUIG; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; HASSEMER; y MUÑOZ CONDE. Vid. BIANCHI PÉREZ, P.B., *op. cit.*, pp. 40-44.

<sup>146</sup> A través de esta interpretación logramos la tutela de los bienes jurídicos por otros ordenamientos distintos al penal, como el civil, laboral, administrativo, etc. En consecuencia, el *bien jurídico-penal* se constituye como un concepto específico y con criterios propios para precisar una protección especial, conforme a principios inherentes a este Derecho como el de intervención mínima, subsidiariedad, carácter fragmentario y, de esta forma, limitar el *ius puniendi* estatal. Vid. MIR PUIG, S., “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*”, *Estudios penales y criminológicos*, USC, vol. XIV, 1991, pp. 203-215.

<sup>147</sup> Este autor reconoce la doble acepción del término *bien jurídico*, “en sentido dogmático, como aquello que efectivamente protege el sistema jurídico-sancionador («bienes jurídicos protegidos»); y en sentido político-criminal, como aquello que debe proteger el sistema jurídico-sancionador («bienes jurídicos protegibles»).” NAVARRO CARDOSO, F., *op. cit.* p. 70.

<sup>148</sup> “En lo que ahora nos interesa no cabe contraponerlas en cuanto la función de control social es una función que realiza el Derecho Penal desde un punto de vista sociológico, mientras que la función de protección de bienes jurídicos es una función que realiza el Derecho Penal desde un punto de vista jurídico; en consecuencia, ambas se mueven en planos diferentes, no resultando incompatibles.” NAVARRO CARDOSO, F., *op. cit.* p. 28.

Otros autores, como CARBONELL MATEU<sup>149</sup>, circunscriben la protección del Derecho penal al ámbito exclusivamente constitucionalista<sup>150</sup>, esto es, sobre la base del principio de intervención mínima o *ultima ratio* sólo debería tutelar “valores con relevancia constitucional”<sup>151</sup>; no obstante y simultáneamente, sostienen una interpretación “dinámica” de dichos valores, es decir, ajustada a los valores que en cada momento gocen de cierta relevancia social.<sup>152</sup>

Asimismo, COBO DEL ROSAL y QUINTANAR DÍEZ indican que los bienes objeto de tutela penal deberían constituir “valores imprescindibles para la convivencia pacífica de la sociedad”, para lo cual su individualización precisa partir, ineludiblemente, de los “principios constitucionales”.<sup>153</sup>

---

<sup>149</sup> Vid. CARBONELL MATEU, J. C., *op. cit.*, pp. 33 y ss. “Lo que sí es necesario es que existan bienes jurídicos, en expresión de MAX ERNEST MAYER, dignos, necesitados y susceptibles de protección penal.” *Op. cit.*, pp. 203-204.

<sup>150</sup> CARBONELL MATEU define el Derecho penal como “la parte del ordenamiento jurídico, reguladora del poder punitivo del Estado, que, para proteger valores e intereses con relevancia constitucional, define como delitos determinadas conductas a cuya verificación asocia como consecuencias jurídicas penas y/o medidas de seguridad.” CARBONELL MATEU, J.C., *op. cit.*, p. 29.

<sup>151</sup> Para este autor, el principio de intervención mínima no sólo debería regir en el Derecho penal sino también en el ordenamiento administrativo sancionador e incluso, más allá, es decir, “ante cualquier limitación de la libertad”. *Cfr. op. cit.*, p. 203.

<sup>152</sup> CARBONELL MATEU estructura nuestro sistema de valores constitucional en tres grandes grupos: a) los derechos fundamentales; b) los derechos de los ciudadanos; y c) “los valores que de ellos emanan”, es decir, aquellos valores con los que se logra la efectividad de los derechos constitucionales y los que surgen de su desarrollo. En consecuencia, “detrás de cada precepto penal debe haber un valor con relevancia constitucional lo que, por cierto, no se produce de manera absoluta en el vigente Código penal.” *Op. cit.*, p. 37.

<sup>153</sup> *Cfr.* COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M., *op. cit.*, p. 22 y 23. “Puede concluirse, así, que el legislador no tiene plena libertad para incluir los valores éticos y sociales que, arbitrariamente, le parezcan adecuados, sino que está sometido a la vigencia de la Constitución, marco jurídico del que debiera poder derivarse, directa o indirectamente, todo bien jurídico digno de protección y tutela penal.” *Ibidem*.

En cierto modo, considero que estos dos grupos de teorías guardan relación con la doctrina dualista de la antijuridicidad formulada por VON LISZT, que distinguía entre la antijuridicidad formal, es decir, la vulneración de una norma jurídica estatal, y la antijuridicidad material, cuyo fundamento es la realización de una conducta contraria a la convivencia social.<sup>154</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, defensor de una nítida distinción entre antijuridicidad y tipicidad, fue muy crítico con esta concepción en su teoría del delito<sup>155</sup>, pues entendía que sólo la

---

<sup>154</sup> En la antijuridicidad formal se produce una relación entre dos normas, primaria y secundaria, de modo que la norma primaria (la antijuridicidad), depende de la existencia previa de la norma secundaria (la tipicidad); así, podría suceder que una conducta antijurídica no encontrase un tipo infractor, razón por la cual no procedería la consecuencia sancionadora. La antijuridicidad material se centra en el desvalor de la acción y del resultado sobre la base del concepto de bien jurídico protegido, “piedra angular de nuestra disciplina” Cfr. GARCÍA RIVAS, N., *op cit.*, p. 82. Para MIR PUIG la antijuridicidad no puede derivarse más que “de la contrariedad con una norma dirigida a la colectividad que expresa lo deseable por el Derecho penal (norma primaria): no matarás, no lesionarás,” aunque “ambos aspectos, norma secundaria y norma primaria constituyen el contenido de la norma jurídico-penal en sentido amplio” (MIR PUIG, S., *Función de la pena...*, *cit.*, p. 45). Así, según este autor, de la norma penal se desprenden dos mandatos, primero, la orden de castigar, dirigida al juez (*norma secundaria o punitiva*) y segundo, la prohibición de realizar un comportamiento contrario a Derecho dirigida a todos los ciudadanos (*norma primaria*). Además, su propuesta de concepto de delito sobre “dos únicos pilares” (por un lado, antijuridicidad y *culpabilidad*, por otro, *punibilidad*), demandará la concurrencia de *culpabilidad* en el sujeto infractor para que podamos aplicar la pena correspondiente como consecuencia jurídica. Cfr. MIR PUIG, S., *Función de la pena...*, *cit.*, pp. 45-58.

<sup>155</sup> MIR PUIG destaca la vinculación entre la antijuridicidad y los fundamentos de la pena a través de la teoría del delito, ya que ésta determina sus presupuestos básicos y, en consecuencia, debe elaborarse de acuerdo con la función preventiva que nuestro Estado social y democrático de Derecho atribuye a la pena, es decir, al “servicio de la protección efectiva de los ciudadanos”. Este autor propone un concepto de antijuridicidad compuesto por dos elementos, primero, la exteriorización de un “comportamiento humano” (acción u omisión) y, segundo, su “adecuación a una clase de tipo” (*tipicidad*). Sobre esta base, aboga por una concepción de la antijuridicidad desde una perspectiva subjetiva o *finalista* (“desvalor de la acción”), en detrimento de una perspectiva objetiva o *causalista* (“desvalor del resultado”), lo que, dada la imposibilidad de sancionar el fuero interno de los ciudadanos (reconocimiento unánime), requerirá una “efectiva exteriorización” del comportamiento que constituya el “núcleo de lo injusto” o “conducta social” que se pretende evitar con la función preventiva de la pena. Cfr. MIR PUIG, S., *Función de la pena...*, *cit.*, pp. 41-65. En contra de esta concepción subjetiva de la antijuridicidad se posiciona el profesor ABEL SOUTO, para quien “la opción por un Derecho penal preventivo que otorga dimensión imperativa a la norma y naturaleza subjetiva a la antijuridicidad pone en entredicho o debilita la eficacia limitadora de algunos de los principios penales básicos. Concretamente (...) de los principios de ofensividad, intervención mínima y

antijuridicidad material encarna la verdadera antijuridicidad, de carácter valorativo, mientras que en la antijuridicidad formal no hay elementos valorativos sino puramente descriptivos, esto es, la tipicidad.<sup>156</sup>

Finalmente, tras analizar los “bienes jurídicos” y previa transcripción del artículo 26 del Código penal de 1973<sup>157</sup>, MUÑOZ CONDE se remite a las diferentes teorías sobre delimitación cualitativa o cuantitativa entre ambas ramas del Derecho punitivo estatal y, entre otras, a las tesis cuantitativas del profesor CEREZO MIR<sup>158</sup>. No obstante, tal y como describe MUÑOZ CONDE:

---

proporcionalidad” ABEL SOUTO, M., *Teorías de la pena...*, cit. p. 70. ABEL SOUTO se muestra partidario de una concepción objetiva de la antijuridicidad “en coherencia” con su postura de otorgar prevalencia a la función retributiva de la pena sobre la preventiva, ya que así se refuerzan las garantías constitucionales que limitan el *ius puniendi* ante los ciudadanos y, por consiguiente, el Estado social y democrático de Derecho alcanza mayores cotas de respeto a la libertad y dignidad del ser humano. Cfr. ABEL SOUTO, M., *op. cit.*, pp. 67-70.

<sup>156</sup> “Los que seguimos la concepción de Mayer y vemos el orden jurídico como un conjunto de normas de cultura, tenemos que rechazar ese absurdo dualismo, en lo valorativo. Bien mirado, todo se reduce a que von Liszt confunde antijuridicidad formal con la tipicidad” Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *La teoría jurídica del delito*, Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”, núm. 23, colección dirigida por JAÉN VALLEJO, M., MORENO Y BRAVO, E. y SILVA CASTAÑO, M<sup>a</sup> L., Dykinson, Madrid, 2005, pp. 80-82.

<sup>157</sup> Este artículo excluía del concepto de pena a “la multas y demás correcciones que, en uso de atribuciones gubernativas o disciplinarias, impongan los superiores a sus subordinados o administrados.” Tal y como analizo en las siguientes páginas, esta exención se encuentra recogida, con idéntica redacción, en el artículo 34 del vigente CP de 1995.

<sup>158</sup> CEREZO MIR, J., “Límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo”, en III Jornadas de Profesores de Derecho Penal, Universidad de Santiago, Madrid, 1976, pp. 69-93. Según su análisis, la distinción entre ambos ilícitos se hizo necesaria en el Estado liberal, a raíz de la vinculación del Derecho penal al principio de legalidad, y fue FEUERBACH quien promovió esta segregación bajo la distinción entre “delitos contra el Derecho” (ilícitos penales), que atentaban contra los derechos de los ciudadanos, previos al contrato social, y “delitos de policía” (ilícitos administrativos), que no lesionaban derechos individuales sino el orden público garantizado por el Estado. A medida que se incrementó la actuación administrativa en la vida de los ciudadanos, la delimitación se hizo imprescindible porque “el Estado no podía renunciar a los medios coactivos para imponer la realización de su actividad administrativa”, lo cual conllevaba “el peligro de una hipertrofia del Derecho penal.” CEREZO MIR, J., *op. cit.*, p. 74. Sin embargo en España no se produjo este fenómeno de ámbito europeo por lo que la doctrina reclamó “no una despenalización o segregación de un Derecho penal administrativo, sino una

“El tema se ha convertido en uno de los problemas insolubles que tienen planteados los juristas y ninguna de las teorías que se han dado al efecto de la delimitación –unas basadas en razones cualitativas, otras en argumentos cuantitativos– son del todo convincentes. Parece, por tanto, más acertada la conclusión a la que llegan numerosos autores, de que no existe diferencia sustancial entre estos dos tipos de sanciones.”<sup>159</sup>

En consecuencia, el concepto de *bien jurídico protegido* se revela como un elemento clave y delimitador de la protección penal derivada del *ius puniendi* estatal, ya que fundamenta la subsidiariedad<sup>160</sup> del Derecho penal y proporciona a la doctrina científica las bases para lograr una distinción cuantitativa entre ilícitos penales y administrativos.<sup>161</sup>

---

desadministrativización de la actividad sancionadora de la Administración”. CEREZO MIR, J., *op. cit.*, p. 76.

<sup>159</sup> MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, p. 114.

<sup>160</sup> Los principios de subsidiariedad y fragmentariedad están tan interrelacionados que buena parte de la doctrina solapa ambos conceptos total o parcialmente. RANDO CASERMEIRO sigue a PRIETO DEL PINO y argumenta la distinción entre ambos principios sobre la tesis de que responden a juicios diversos. Así, la subsidiariedad se corresponde con el juicio de “necesidad de la pena” y la fragmentariedad con el juicio de “merecimiento de la pena”. *Cfr.* RANDO CASERMEIRO, P., La distinción..., *cit.* pp. 188-189. Especial atención merece el análisis que este autor efectúa sobre ambos principios con la finalidad de definir el papel de cada uno en la delimitación de las dos ramas del *ius puniendi* estatal. Sobre el principio de fragmentariedad, *vid.* RANDO CASERMEIRO, P., La distinción..., *cit.*, pp. 188-211, y sobre el principio de subsidiariedad, *vid.*, pp. 371-392.

<sup>161</sup> Expone GARCÍA RIVAS, el concepto de *bien jurídico protegido* como la esencia misma de la perspectiva valorativa de la norma penal (antijuridicidad material), que convive con su aspecto imperativo (culpabilidad), ya que “de las normas objetivas de valoración se deducen las normas subjetivas de determinación, que se dirigen al concreto súbdito del Derecho.” GARCÍA RIVAS, N., *op. cit.*, p. 20. Este autor propugna una teoría del bien jurídico en nuestra sociedad “en el marco de los parámetros democráticos que establece nuestra Constitución”. GARCÍA RIVAS, N., *op. cit.* p. 24.



“Un Derecho penal negador de bienes jurídicos, es un Derecho penal puramente represivo, meramente psicológica y socialmente aterrador al ser un puro direccionamiento de voluntades individuales, amenazadas con una pena criminal.”<sup>162</sup>

---

Así, desde una concepción democrática del Derecho penal, a través de la óptica constitucional de 1978, ABEL SOUTO destaca la necesaria labor del *bien jurídico protegido* mediante el *principio de ofensividad*, “que requiere para la existencia de un delito la lesión o puesta en peligro de valores esenciales para la convivencia y excluye el castigo de inmoralidades, la protección de «intereses del grupo que no tienen un valor fundamental para los restantes miembros de la comunidad» (MUÑOZ CONDE), la sanción de «conductas cuya nocividad social es difícilmente verificable empírico-socialmente» (DÍEZ RIPOLLÉS), y la legitimación automática de las normas penales”. ABEL SOUTO M., “Derecho penal, norma de valoración, bien jurídico y enseñanza de valores en el EEES”, *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, nº 2, junio 2010, p. 94.

Para profundizar en el estudio del bien jurídico protegido penal, *vid.* MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “El bien jurídico en el delito de defraudación tributaria”, *Estudios Penales y Criminológicos*, USC, vol. XVIII, 1994-1995, pp. 123-196. CAMACHO BRINDIS, M.C., “El bien jurídico penal”, *Alegatos*, UAM, núm. 31, 1995, disponible en internet: <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/28/31-02.pdf>; ROXIN, C., Derecho penal. Parte general..., *cit.*, pp. 49 y ss.; URQUIZO OLAECHEA, J., “El bien jurídico”, *Cathedra*, núm. 3, UNMSM, mayo 1998; CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., “Algunas reflexiones en relación a la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales”, *Revista Chilena de Derecho*, volumen 27, núm. 1, UC, 2000, pp. 135-153; MUÑOZ CONDE, F., Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal, en *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F., Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, pp. 561-574; NAVARRO CARDOSO, F., *op. cit.*, pp. 69 y ss.; CERESO MIR, J., Curso de Derecho penal español. Parte general, volumen I, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 13 y ss.; VIVES ANTÓN, T. S., “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo”, *Revista Estudios Penales y Criminológicos*, USC, vol. XXV, 2004, pp. 399-441; ABANTO VÁSQUEZ, M., “Acerca de la teoría de los bienes jurídicos”, *Revista Penal*, UHU, núm. 18, 2006, pp. 3-44; GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, pp. 39 y ss.; ALONSO ÁLAMO, M., “El bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos”, *Estudios Penales y Criminológicos*, USC, vol. XXIX, 2009, pp. 61-105; SZCZARANSKI, F., “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”, *Política Criminal*, CEDEP, UT, volumen VII, núm. 14, diciembre 2012, pp. 378-453, disponible en internet: <http://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v7n14/art05.pdf>; VÁSQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., “Sobre el bien jurídico protegido por el delito de obstaculización a las actuaciones del Defensor del Pueblo (art. 502.2 CP)”, *RECPC*, UGR, núm. 14, 2012, disponible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/14/recpc14-15.pdf>; ROXIN, C., “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, *RECPC*, UGR, núm. 15, 2013, disponible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>;

<sup>162</sup> COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M., *op. cit.*, p. 129

Pero, ¿cuál es la evolución doctrinal hasta las tesis cuantitativas del profesor CEREZO MIR y qué relación guardan con el concepto de *bien jurídico protegido*?

En el mismo año en que MUÑOZ CONDE publicó Introducción al Derecho penal, se celebraron las III Jornadas de profesores de Derecho penal en la Universidad de Santiago de Compostela. El profesor CEREZO MIR<sup>163</sup>, que más adelante calificará a la pena como una “especie del género sanción jurídica”<sup>164</sup>, rebatió las teorías procedentes del Derecho alemán, encabezadas por autores como GOLDSCHMIDT<sup>165</sup> y ERIK WOLF<sup>166</sup>, favorables a la segregación entre el *Derecho penal administrativo* y el *Derecho penal criminal*<sup>167</sup>, cuyo fundamento

---

<sup>163</sup> Vid. CEREZO MIR, J., “Límites entre el...”, *cit.*, pp. 69-93. Encontramos este mismo análisis en su Curso de Derecho..., *cit.*, obra en la que analiza el presupuesto penal (delito), pp.17 y ss., sus consecuencias jurídicas (pena y medidas), pp. 22 y ss., así como la delimitación del Derecho penal y los ilícitos civil y administrativo, pp. 49 y ss. Según este autor, las concepciones materiales de antijuridicidad y pena no son suficientes para distinguir entre ilícitos penales y civiles, “...pues el concepto de bien jurídico no puede ser reducido al ámbito del Derecho penal.” CEREZO MIR, J., “Límites entre el...” *cit.* pp. 72 y 73.

<sup>164</sup> CEREZO MIR, J., Curso de Derecho..., *cit.*, p. 29. De la misma forma, como recuerda GARCÍA RIVAS, el profesor ANTÓN ONECA definió al delito como “una especie del género infracción jurídica, o sea, desobediencia a los imperativos contenidos en las normas de derecho.” GARCÍA RIVAS, N., *op. cit.*, p. 23.

<sup>165</sup> Vid. GOLDSCHMIDT, J., *Das Verwaltungsstrafrecht, Eine Untersuchung der Grenzgebiet zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, reimpresión de la edición de Berlín, 1902, Scientia Verlag Aalen, 1969; *cit.* por CEREZO MIR, J., *op. cit.*, p. 75.

<sup>166</sup> Vid. WOLF, E., *Die Stellung der Verwaltungsstrafrecht, Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, reimpresión de la ed. de Tubinga 1930, Scientia Verlag Aalen, 1969, pp. 518 y ss.; *cit.* por CEREZO MIR, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>167</sup> Cfr. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., Derecho penal. Parte general, 5ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 62. Según estos autores, para GOLDSCHMIDT el Derecho protege al individuo, asegurándole el goce de su esfera de libertad, mientras que la Administración hace promoción del bienestar público. Sin embargo, bajo el actual régimen jurídico constitucional, la Administración no puede ser segregada de nuestro ordenamiento jurídico porque el artículo 103 CE impone su sometimiento pleno a la ley y al Derecho.



partía de la distinción entre la Administración, que contempla al sujeto como asociado, y el Derecho, que reconoce al sujeto como individuo.<sup>168</sup>

Así, según GOLDSCHMIDT<sup>169</sup>, los delitos del *Derecho penal criminal* son de carácter “natural”, es decir, propios del Derecho natural<sup>170</sup>, mientras que los delitos del *Derecho penal administrativo* son de carácter “artificial”, es decir, propios de un Derecho creado por la voluntad del Estado.<sup>171</sup> Sobre tal

---

<sup>168</sup> Con la finalidad de llevar a cabo esta segregación, GOLDSCHMIDT propuso una serie de *criterios sustanciales* para distinguir ambos ilícitos de forma que, en el Derecho penal, el hombre es considerado como individuo, titular de derechos subjetivos que el ordenamiento jurídico debe proteger, mientras que, en el Derecho administrativo, el hombre es considerado un miembro más de la sociedad y, por esta razón, está obligado a colaborar con el Estado en la consecución de la paz y el progreso social. Así, los ilícitos de policía se convierten en infracciones de carácter formal y su sanción “no tendría otro fin que apelar al desobediente y recordarle sus deberes”. Cfr. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho...*, cit., pp. 51-55.

<sup>169</sup> Tal y como describe PARADA VÁZQUEZ, “...desde que GOLDSCHMIDT publicó en 1902 su famosa obra sobre Derecho penal administrativo, la ciencia penal no ha dejado de preguntarse metafísicamente sobre el carácter de las sanciones administrativas, desdeñando el estudio del material normativo en que refleja Derecho, desdeñando asimismo hacer uso de un comparatismo elemental que sirva de medida para graduar el desarrollo de las infracciones administrativas y desdeñando, por último, todo tipo de historicismo que permita saber de dónde viene ese poder a la Administración española y a dónde nos puede llevar si no se corrige su trayectoria”. PARADA VÁZQUEZ, J.R., “El poder sancionador...”, cit. p. 43.

<sup>170</sup> El Derecho natural parte de la naturaleza humana porque cada hombre “es un alma” dentro del cosmos, es decir, un ser que responde no sólo a “impulsos de naturaleza prerracional” sino también a los dictados de la razón, dada su condición de ser racional y social. Esta peculiar dualidad provocó una antítesis en la doctrina del Derecho natural que desembocó en dos grandes posiciones presentes en todos los tiempos y épocas, desde la Antigüedad hasta la Edad Moderna: el “Derecho natural existencial” y el “Derecho natural ideal”. Cfr. WELZEL, H., *Introducción a la filosofía del Derecho: Derecho natural y Justicia material*, 4ª edición, traducción de Felipe González Vicen, Aguilar, Madrid, 1974, pp. 3-6. RADBRUCH rechaza la idea de un Derecho natural absoluto e inmutable porque no sólo participa de la naturaleza del hombre sino también de la “naturaleza de las cosas” cuyo contenido variable y contingente impide la concepción de un Derecho natural “objetivamente conocido”. Cfr. RADBRUCH, *op. cit.*, pp. 23-30.

<sup>171</sup> Cfr. CEREZO MIR, J., “Límites entre el...”, cit., pp. 77.

distinción<sup>172</sup>, GOLDSCHMIDT contempla al Derecho, cuya tarea es la tutela de los bienes jurídicos mediante la tipificación de delitos y la imposición de penas, y a la Administración, que impone deberes públicos a los ciudadanos con la única finalidad de mantener un determinado orden social a través de las contravenciones y sanciones administrativas.<sup>173</sup>

CEREZO MIR, se apoyó en las tesis de WELZEL<sup>174</sup> y rechazó la categoría de *delitos de Derecho natural* porque "...la historicidad (...), es tan inseparable de la esencia del Derecho como de la esencia del hombre."<sup>175</sup> Asimismo, para este autor, el Derecho penal "no protege los bienes jurídicos de un modo absoluto"

---

<sup>172</sup> Tesis criticada también por JIMÉNEZ DE ASÚA en 1931, porque crea una "antijuridicidad específica para lo policiaco" al margen de la antijuridicidad penal, algo que, para este autor, es contrario a la unidad del ordenamiento jurídico, en el que "no hay más que un solo injusto originario" del que derivan tanto el injusto civil, como el penal y, por supuesto, el administrativo. Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *op. cit.*, pp. 119-121. En palabras del autor: "De cuanto se ha dicho resulta que el delito, como la infracción civil, caen en el ámbito de lo *injusto culpable*. Es decir, que a nuestro juicio, lo injusto civil, administrativo y penal tienen un mismo origen y se separan al llegar a las consecuencias." *Op. cit.*, p. 119.

<sup>173</sup> Para GARCÍA ALBERO, GOLDSCHMIDT no estableció un concepto de delito natural con carácter absoluto, sino que distinguió entre "antijuridicidad y antiadministratividad" sobre la base del concepto de bien jurídico. Así, la norma penal protege bienes jurídicos tutelados por el Derecho, en tanto pertenecen a "las esferas humanas de voluntad", mientras que la norma de policía protege los fines de la Administración dirigidos hacia "la promoción del bien público y estatal". Por esta razón, las sanciones administrativas no son más que simples actos administrativos dictados como consecuencia del incumplimiento de "deberes públicos". Cfr. GARCÍA ALBERO, R.M., *op. cit.*, p. 328.

<sup>174</sup> Vid. WELZEL, *Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht*, «Juristenzeitung», 1956, pp. 238-240; y «Juristenzeitung», 1957, p. 132; cit. por CEREZO MIR, J., "Límites entre el..." cit., pp. 77-79. *Das deutsche Strafrecht*, 11ª edición, Walter de Gruyter, Berlín, 1969, pp. 4 y 5; cit. por CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho...*, cit., pp. 14 y 15.

<sup>175</sup> CEREZO MIR, J., "Límites entre el...", cit., p. 77. El profesor rechaza la posibilidad de contemplar la existencia de delitos exclusivamente naturales o *delitos de Derecho natural*, porque los preceptos del legislador no buscan una simple obediencia debida sino que tienen un trasfondo social en aras a la creación de una situación de convivencia entre los ciudadanos o paz social. CEREZO MIR, J., "Límites entre el...", cit. p. 79.

sino sólo exclusivamente contra los ataques más lesivos<sup>176</sup>, por lo que considera imprescindible separar el concepto de bien jurídico del objeto material de cada delito<sup>177</sup>.

Con posterioridad, siguiendo con parte de la doctrina alemana, serán SCHMIDT, LANGE, MICHELS y BOCKELMANN<sup>178</sup> los defensores de estas tesis cualitativas de diferenciación entre ilícitos penales y administrativos. Estos autores retomaron los trabajos de GOLDSCHMIDT y WOLF y basaron sus argumentos en una delimitación formal (infracción administrativa) y material (infracción penal). Así, mientras el ilícito administrativo se agotaba en la desobediencia de los mandatos y prohibiciones establecidos positivamente por el legislador (vulneración puramente formal), el ilícito penal era una transgresión de carácter material, es decir, con relevancia en el plano ético-social.<sup>179</sup>

---

<sup>176</sup> En palabras del profesor CEREZO MIR, que toma como referencia a WELZEL, “la suma de todos los bienes jurídicos constituye el orden social” que será protegido por el Derecho en general y no de forma exclusiva por el ordenamiento penal. *Cfr.* Curso de Derecho..., *cit.*, pp.14 y 15.

<sup>177</sup> “En el hurto, por ejemplo, el bien jurídico protegido es el patrimonio y el objeto material la cosa sustraída. El bien jurídico, como valor ideal del orden social, se distingue claramente de los objetos reales en que se encarna.” CEREZO MIR, J., Curso de Derecho..., *cit.*, p. 15.

<sup>178</sup> Superadas las tesis cualitativas sobre la naturaleza individual o social de los bienes jurídicos protegidos, estos autores propugnan una nueva distinción cualitativa basada, esta vez, en la “indiferencia ética” del ilícito administrativo, es decir, mientras los ilícitos penales se corresponden con un orden de valores éticos preestablecido, las contravenciones administrativas protegen formalmente el ordenamiento positivo. *Vid.* GARCÍA ALBERO, R.M., *op. cit.*, pp. 336-340.

<sup>179</sup> *Cfr.* CEREZO MIR, J., “Límites entre el...”, *cit.*, pp. 77-79.

La principal consecuencia de estas tesis, ya que la conducta constitutiva del ilícito administrativo no se considera reprochable desde el punto de vista social, consistió en despojar a la sanción administrativa del carácter retributivo propio de la sanción penal.<sup>180</sup>

Contra esta nueva distinción cualitativa basó su oposición CEREZO MIR en la tarea del legislador, que no configura las infracciones y sanciones administrativas para crear una obediencia artificial de los ciudadanos sino para proteger *bienes jurídicos* específicos de la comunidad en la que vivimos.<sup>181</sup> Dichos bienes resultan merecedores de la tutela del ordenamiento jurídico por su relevancia social y no deben ser excluidos del “*Derecho Penal Administrativo*”, entre otras razones, porque sirven de motivación para diferenciar las diversas las sanciones previstas por el legislador de acuerdo con el principio de proporcionalidad.<sup>182</sup>

---

<sup>180</sup> “Las ideas de GOLDSCHMIDT sirvieron de base a E. SCHMIDT para formular su teoría de las «infracciones del orden» en las que, a diferencia de los delitos, la significación social no va más allá de los intereses administrativos”. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *op. cit.*, p. 62. En definitiva, tal y como apunta GARCÍA ALBERO, estas tesis se basan en diferencias de naturaleza valorativa, ya que ni GOLDSCHMIDT, ni WOLF, ni SCHMIDT postulan una distinción ontológica entre ambos ilícitos, sino que reconocen una misma estructura formal (acción típica, antijurídica y culpable), así como el sometimiento de la sanción administrativa a las mismas garantías que las establecidas para la imposición de las penas. *Cfr.* GARCÍA ALBERO, R.M., *op. cit.*, p. 335.

<sup>181</sup> *Cfr.* CEREZO MIR, J., “Límites entre el...”, *cit.*, pp. 81 y 82.

<sup>182</sup> “Una regulación jurídica arbitraria, sin fundamento material alguno, sería puramente despótica y debería ser extirpada de nuestro Derecho.” CEREZO MIR, J., “Límites entre el...”, *cit.* p. 81. El autor pone como ejemplo la regulación del tráfico a través de normas jurídicas que tienen, como principal finalidad, la defensa de la vida humana. *Cfr.* CEREZO MIR, J., “Límites entre el...”, *cit.*, p. 81. Nuevamente, como cité en referencia a la obra de MUÑOZ CONDE, surge la figura del bien jurídico como concepto clave en la delimitación de las dos ramas del *ius puniendi* estatal.

Por último, CEREZO MIR analizó la tesis de WOLF, que distingue la Administración del Derecho sobre la base del valor supremo de la justicia.<sup>183</sup> Según el autor alemán, la Administración no orienta sus actuaciones de cara a la idea de justicia, sino de cara al bienestar social. CEREZO MIR, desde las tesis de H. MAYER<sup>184</sup>, señaló al respecto que, “toda la actividad del Estado, (...), incluso si gira en torno a intereses temporales de la Administración va dirigida al fin unitario de crear un orden justo y útil.”<sup>185</sup>

En definitiva, la síntesis de los argumentos esgrimidos por el profesor CEREZO MIR, para rebatir las sucesivas teorías alemanas de diferenciación cualitativa entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, reside en el concepto de *bien jurídico protegido* como elemento clave para rechazarla delimitación cualitativa y sustituirla por otra meramente cuantitativa.<sup>186</sup>

---

<sup>183</sup> Cfr. CEREZO MIR, J., “Límites entre el...”, *cit.*, p 82.

<sup>184</sup> Vid. MAYER, H., Strafrecht, 1953, p. 73., *cit.* por CEREZO MIR, J., “Límites entre...” *cit.*, p 82.

<sup>185</sup> CEREZO MIR, J., “Límites entre el...” *cit.*, p. 82. Como describe GARCÍA ALBERO, con la llegada del Estado social la tutela administrativa trasciende la mera protección de la libertad para convertirse “en la tutela de las condiciones elementales de subsistencia y desarrollo de los particulares”, por lo que los “intereses de la colectividad” pasan a ser considerados “intereses jurídicos”, así, “la contraposición entre «Justiz» y «Verwaltung» de que partiera GOLDSCHMIDT no puede ser más una distinción entre Justicia y bienestar, pues esta forma parte del Orden Jurídico como expresión de la justicia distributiva.” GARCÍA ALBERO, R.M., *op. cit.*, p. 332.

<sup>186</sup> Después de analizar los criterios de distinción entre delitos y contravenciones, así como entre penas y sanciones pecuniarias, recogidos por la legislación alemana de los años 50, (Ley alemana de las contravenciones de 25 de marzo de 1952 y Ley penal económica alemana de 1962), CEREZO MIR rechaza su naturaleza cualitativa dado que se fundamentan, bien en un mayor o menor grado del daño causado, bien en un desvalor ético-social de la acción. Por lo tanto, estamos ante una delimitación basada en diferencias cuantitativas y no cualitativas entre ambas ramas del poder punitivo del Estado. Cfr. CEREZO MIR, J., “Límites entre el...”, *cit.*, pp. 83 y 84.

Para GARCÍA ALBERO, que se apoya en la obra de MATTES<sup>187</sup>, el declive de las teorías que definen la infracción administrativa como una “mera desobediencia, como un delito abstracto de peligro, como un delito sin violación de un bien jurídico”, se produce por el abandono de las tesis iusnaturalistas, así como por la “ampliación al campo de lo antijurídico de los actos peligrosos (...), entendiendo por tanto lo injusto policial como lesiones mediatas de derechos”.<sup>188</sup>

Tal distinción desaparecerá definitivamente tras la incorporación del concepto de lesión o puesta en peligro del bien jurídico a la acción punible.<sup>189</sup> Además, esta ampliación hacia el ámbito antijurídico, irá acompañada de una extensión del significado de bien jurídico que, poco a poco, acoge otros intereses jurídicos de carácter social o colectivos y deja en quiebra las teorías sobre una posible

---

<sup>187</sup> MATTES, H., Problemas de Derecho penal administrativo. Historia y derecho comparado (traducida por Rodríguez Devesa, J. M., Editoriales de Derecho Reunidas, 1979).

<sup>188</sup> GARCÍA ALBERO, R.M., *op. cit.*, p. 326.

<sup>189</sup> RANDO CASERMEIRO analiza esta evolución doctrinal y frente a las tesis favorables a un “*derecho sancionador de desobediencias*”, basado en el injusto meramente formal, propone la traslación “sin matices” del principio de lesividad (*Vid.* RANDO CASERMEIRO, P., La distinción..., *cit.*, pp. 169-190): “La renuncia a buscar un contenido de injusto más allá del acto de desobediencia a una norma jurídica es tan inaceptable en el derecho administrativo sancionador como en el derecho penal. No es admisible la tesis que sustenta que el injusto administrativo está vacío de contenido material y constituye por ello un injusto meramente formal. En un estado social y democrático de derecho constituye una exigencia ética dotar a las prohibiciones y a las sanciones de un fundamento suficiente, cuyo punto de partida radica en la verificación de una conducta externa que produzca algún tipo de daño social, sea la lesión directa o la puesta en peligro de un bien jurídico. Lo contrario conducirá a legitimar la sanción de cualquier conducta que el legislador decida estimar ilícita, eximiéndole de justificar esa decisión más allá de la cobertura meramente formal que presta la autoridad que sanciona la norma en la que tales ilícitos se contendrán.” RANDO CASERMEIRO, P., La distinción..., *cit.*, pp. 178-181.



delimitación cualitativa entre delitos e infracciones administrativas basada en la naturaleza del interés tutelado.<sup>190</sup>

Efectivamente, aunque de forma paulatina, la categoría de *bien jurídico* abandona la exclusividad del ámbito penal y adquiere un tratamiento autónomo o específico, es decir, es tratado como un interés, ya individual, ya colectivo, protegido por el Derecho (interés jurídico) para alcanzar la paz social y que, cuando menos, opera como límite del *ius puniendi* estatal tanto en ilícitos penales como administrativos.<sup>191</sup>

Sigue esta hipótesis el profesor CEREZO MIR, que extiende la concepción del bien jurídico a “todo bien, situación o relación deseados y protegidos por el Derecho”.<sup>192</sup> A través de su obra, rechaza las teorías del bien jurídico como un

---

<sup>190</sup> Cfr. GARCÍA ALBERO, R.M., *op. cit.*, pp. 331-336. “Un somero repaso, por lo que respecta a nuestro país, de las infracciones administrativas contenidas en distintas leyes (protección al consumidor, tráfico, orden público...) pone de manifiesto su servicio a la tutela de bienes jurídicos de semejante naturaleza a los protegidos en los correlativos –y en ocasiones homónimos– tipos penales.” GARCÍA ALBERO, R.M., *op. cit.*, pp. 334 y 335.

<sup>191</sup> Además de la tesis del profesor CEREZO MIR, mi trabajo de investigación se nutre también de la obra del profesor GÓMEZ TOMILLO que, en los albores del siglo XXI, publica una parte general sobre Derecho administrativo sancionador y hace crítica de las diferentes teorías de naturaleza cualitativa desde la defensa de un concepto de bien jurídico común a ilícitos penales y administrativos. En palabras del citado autor: “Asumido que entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador existen diferencias en lo que a su objeto respecta (...), sin embargo, entendemos que ello no se tiene que traducir necesariamente, sin más, en una diferencia de índole cualitativa, al menos en la medida en que se entienda que también la potestad sancionadora administrativa tiene, en última instancia, como fin la protección de bienes jurídicos”. GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, p. 59. Sobre este fundamento, advierte reiteradamente que la supresión de la teoría del bien jurídico en la configuración de la potestad sancionadora puede inducir a la “arbitrariedad en la tipificación de las infracciones.” *Ibidem*.

<sup>192</sup> CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho...*, *cit.*, p. 14.



concepto exclusivo del Derecho penal y propugna su extensión a todos los ilícitos, con independencia de su naturaleza penal, administrativa o civil.<sup>193</sup>

Su conclusión final fue la imposibilidad de precisar una diferencia entre los intereses de la Administración, tutelados por el Derecho, y el resto de bienes jurídicos protegidos porque “*delito penal*” y “*delito administrativo*” tienen un contenido material semejante y una misma estructura lógica. Por lo tanto, la única delimitación que se puede establecer entre ambas manifestaciones del *ius puniendi* estatal es de carácter cuantitativo.<sup>194</sup>

---

<sup>193</sup> Argumenta el autor que el concepto de bien jurídico protegido no puede ser reducido únicamente al ámbito penal porque, en palabras del autor, “dañosos son también el ilícito civil o administrativo”. Cfr. CEREZO MIR, J., Curso de Derecho penal..., *cit.*, pp. 49 y 50.

<sup>194</sup> Cfr. CEREZO MIR, J., Curso de Derecho...*cit.*, pp. 55 y 56. “Es urgente un replanteamiento por parte del legislador de los límites del Derecho Penal y el Derecho Administrativo. Entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo, entra la pena y la sanción administrativa, existen únicamente diferencias cuantitativas y el límite ha de ser trazado positivamente por el legislador.” CEREZO MIR, J., “Límites entre el...”, *cit.*, p. 87.

Algunos estudios que gravitan en torno a la identidad sustancial del Derecho Penal y el Derecho administrativo sancionador y su delimitación cuantitativa, *vid.* MARTÍNEZ-BUJÁN, PÉREZ C., “La inflación del Derecho Penal y del Derecho Administrativo”, *Estudios Penales y Criminológicos*, USC, vol. VI, 1983, pp.197-214; POLAINO NAVARRETE, M., “Derecho penal criminal y Derecho administrativo sancionador”, *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, núm. 7, 1989, pp. 55-78; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., Relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador ¿hacia una «administrativización» del Derecho penal o una «penalización» del Derecho administrativo sancionador?, Homenaje al doctor Marino Barbero Santos. *In memoriam*, volumen I, AA.VV., dirigido por ARROYO ZAPATERO, L.A., ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y ediciones de la Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, pp. 1417-1444; ÚBEDA TARAJO, F. E., “Sanciones disciplinarias de Derecho público: Las relaciones entre ilícitos administrativos y penales en el marco constitucional”, *BOMJ*, año 61, núm. 2033, 2007, pp. 985-1030; BAJO FERNÁNDEZ M., “Nuevas tendencias...”, *cit.*; y ESCUCHURI AISA, E., “Ilícito penal e ilícito administrativo en materia de tráfico y seguridad vial”, *Estudios Penales y Criminológicos*, USC, vol. XXXI, 2011, pp.7-86; CORDERO QUINZACARA, E., “El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho Penal”, *Revista de Derecho*, UACH, volumen XXV, núm. 2, diciembre 2012, pp. 131-157; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador” *RAP*, núm. 195, CEPC, septiembre/diciembre, 2014, pp. 137-167.

En palabras de CEREZO MIR:

“La pena o las sanciones del llamado Derecho penal administrativo encontrarán su justificación únicamente en su proporción a la gravedad de la infracción y en su necesidad, como la pena del Derecho penal criminal. La imposición de la sanción administrativa será también con frecuencia expresión de un juicio de desvalor ético-social. Entre las penas y las sanciones administrativas existen únicamente diferencias cuantitativas.”<sup>195</sup>

---

En el ámbito de las tesis cualitativas, la mayoría de la doctrina reconoce como autores más representativos de la distinción sustancial entre ambos ordenamientos a SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2001 y GARCÍA CAVERO, P., *Derecho penal económico. Parte general*, 2ª edición, Grijley, Lima 2007 (Piura-UP, 2003).

<sup>195</sup> CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho...*, *cit.* pp. 55 y 56. El citado autor traza una línea continua que, desde el núcleo central del Derecho penal, se va atenuando hasta las últimas faltas penales (tras la modificación operada por la LO 1/2015, de 3 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, publicada en el BOE núm. 77, de 31/03/2015, pasan a denominarse *delitos leves*) e infracciones administrativas y que no desaparecerá nunca por completo. *Cfr.* CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho...*, *cit.*, p. 54. Sobre la denominación *delitos leves*, introducida por el legislador en la referida reforma del Código penal de 2015, parece, cuando menos, una expresión desafortunada por su condición de “oxímoron o *contradictio in terminis*” dada la gravedad inherente a cualquier conducta calificada como delito. Sobre este particular y otros asuntos relacionados con la desaparición de las faltas del Código penal, *vid.* el artículo de BOLDOVA PASAMAR, M. A., “La desaparición de las faltas en el proyecto de reforma de Código Penal de 2013”, publicada en la *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, UGR, núm. 16-12, año 2014, pp. 12:1-12:20, en la que propone alternativas como la denominación *delito menor*, o bien mantener una clasificación tripartita compuesta por delitos muy graves, delitos graves o delitos menos graves, por ejemplo: “El delito es grave por naturaleza. Por ello resulta un contrasentido hablar de delitos leves (quizás sí se pudiera hablar de un delito menor, incurriendo posiblemente en anglicismo). (...). Si se pretende mantener la clasificación tripartita (...), habría resultado preferible terminológicamente dividirlos en delitos muy graves, delitos graves y delitos menos graves, sin forzar la semántica.” *Op. cit.*, p. 12:7.

Volviendo al ámbito estrictamente penal, MIR PUIG<sup>196</sup> propuso una concepción político-criminal de esta figura acompañada de un *bien jurídico-penal* específico, es decir, de elevada “importancia social”<sup>197</sup> y presidido por los principios de intervención mínima y de proporcionalidad.<sup>198</sup>

En este sentido, de acuerdo con el análisis efectuado por GÓMEZ TOMILLO, a medida que nos adentramos en el concepto de *bien jurídico-penal* ganan terreno las teorías constitucionalistas<sup>199</sup> sobre las sociológicas, porque sus representantes consideran que el *bien jurídico-penal* debería guardar una relevancia constitucional proporcionada a la intervención del Derecho penal, mientras que en el concepto de bien jurídico general la necesidad de tutelar

---

<sup>196</sup> Desde la óptica del bien jurídico como límite al *ius puniendi* estatal, MIR PUIG valora los conceptos dogmático y político-criminal y desestima la labor limitadora del concepto dogmático porque se reduce a “los bienes efectivamente protegidos por el Derecho”, lo que conlleva a “concebir el Derecho penal como apéndice sancionador del ordenamiento jurídico” y “puede conducir, por el contrario, a la tendencia a buscar continuamente el apoyo sancionador del Derecho penal.” Por otra parte, tampoco juzga suficiente el concepto político-criminal porque, aunque indaga en los bienes que merecen esta consideración, no basta para justificar una protección-jurídico penal. No obstante, el autor no descarta la idoneidad de este concepto como límite para el legislador penal, siempre que vaya acompañado de un concepto específico de bien jurídico-penal: “Ello no significa que sea inútil la aproximación político-criminal al bien jurídico, sino sólo que no es suficiente si no va acompañada de un concepto político-criminal de *bien jurídico-penal*.” MIR PUIG, S., “Bien jurídico...”, *cit.*, pp. 206 y 207.

<sup>197</sup> Como indicó el Marqués de Beccaría durante la exposición de su clasificación de los delitos: “La verdadera medida de los delitos es el daño hecho a la sociedad”. BECCARÍA, C., *op. cit.*, p. 111.

<sup>198</sup> “Para que un bien jurídico (...) pueda considerarse, además, un bien jurídico-penal (...), cabe exigir en él dos condiciones: *suficiente importancia social y necesidad de protección por el Derecho penal*”. MIR PUIG, S., “Bien jurídico...” *cit.*, p. 209. El autor considera a los bienes jurídico-penales como “puntos de referencia” de las tres condiciones del *principio constitucional de proporcionalidad: necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto*. Cfr. MIR PUIG, S., “Límites...”, *cit.*, p.18:13 y 18:14.

<sup>199</sup> En representación de la doctrina penal española, GÓMEZ TOMILLO cita a GONZÁLEZ RUS, J. J.; PERIS RIERA, J. M; CARBONELL MATEU, J.C. y ÁLVAREZ GARCÍA F. J.; *cfr.* GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, p. 36.

intereses directamente derivados de la Constitución se desvanece.<sup>200</sup> En algún caso, se llegó a vincular el objeto del Derecho penal, de forma exclusiva, con los valores y derechos constitucionales.<sup>201</sup>

Si bien estas teorías son valoradas positivamente por GÓMEZ TOMILLO, dada su utilidad a la hora de trazar el ámbito del Derecho administrativo sancionador y distinguirlo del ordenamiento penal, sin embargo, el mismo autor opina que no deberían liberar de relevancia constitucional a todos los bienes jurídicos de aquél, y menos aún cuando muchas infracciones y sanciones administrativas recogidas en diferentes leyes de nuestro ordenamiento (seguridad vial, seguridad alimentaria, drogas, tabaco, alcohol, etc.), guardan una relación directa con la dignidad de la persona (artículo 10 CE) y el derecho fundamental a la vida e integridad física de los ciudadanos (artículo 15 CE).<sup>202</sup>

Entonces, los derechos y valores constitucionales, ¿solamente son susceptibles de protección penal o admiten también una protección administrativa?

---

<sup>200</sup> Para GÓMEZ TOMILLO una norma fundamental con vocación de permanencia y estabilidad social, debería facilitar al Derecho penal “un criterio de delimitación negativo”, es decir, “debe ser entendida como un texto abierto siempre a nuevos modelos de configuración social que no debe constreñir; la misma no nos dice qué objetos han de ser protegidos y de qué manera por el legislador penal.” GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, p. 36.

<sup>201</sup> Coinciden CARBONELL MATEU y GÓMEZ TOMILLO en destacar a BRICOLA, dentro de la doctrina italiana, como el principal promotor de la exigencia de “relevancia constitucional” en los bienes jurídicos tutelados por el Derecho penal, para lo que el legislador penal deberá guardar fidelidad a los valores e intereses constitucionales y descartar aquéllos no derivados de la norma fundamental, cuya protección puede configurarse a través de otros ordenamientos. *Vid.* CARBONELL MATEU, J. C., *op. cit.*, p. 35 y GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, p. 36.

<sup>202</sup> *Cfr.* GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, pp. 36-38.

Desde mi modesta posición, el debate sobre la protección penal o administrativa de intereses jurídicos de rango constitucional no debería ceñirse al ámbito objetivo de los bienes jurídicos sino que deberíamos trasladarlo también al plano de la acción, es decir, al ámbito subjetivo del injusto. Así, tomando como referencia el *carácter fragmentario* del Derecho penal<sup>203</sup>, considero que la cuestión se encuentra tanto en la categoría constitucional del bien jurídico como en el principio de lesividad<sup>204</sup>, es decir, en el mayor o menor grado de respeto o desconsideración mostrado por el sujeto activo hacia ese concreto valor o derecho constitucional (la dignidad, la vida, la intimidad, etc.), a través de su comportamiento antijurídico y no sólo en la relevancia

---

<sup>203</sup> “Este *carácter fragmentario del derecho penal* aparece en una triple forma en las actuales legislaciones penales: en primer lugar, defendiendo el bien jurídico sólo contra ataques de especial gravedad, exigiendo determinadas intenciones y tendencias, excluyendo la punibilidad de comisión imprudente en algunos casos”. MUÑOZ CONDE, F., Introducción al Derecho..., *cit.*, p. 124.

<sup>204</sup> El principio de lesividad u ofensividad de los delitos, que carece de referencia positiva en el Derecho penal objetivo, exige, necesariamente, la producción de un resultado dañoso o la puesta en peligro de un bien jurídico concreto, tal y como declaró el Tribunal Constitucional en las sentencias 11/1981, de 8 de abril; 62/1982, de 15 de octubre; 11/1993, de 25 de marzo; 55/1996, de 28 de marzo; 161/1997, de 2 de octubre. *Cfr.* COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M., *op. cit.*, pp. 50 y 51. Más recientemente, SSTC 80/2008, de 17 de julio; 41/2010, de 22 de julio; 77/2010, de 19 octubre; y 160/2012, de 20 de septiembre. “Este principio, propio de una concepción liberal del Derecho penal, proyecta toda su luz sobre la teoría jurídica del delito, erigiéndose el bien jurídico protegido como corazón del delito o criterio material decisivo tanto en la construcción de la teoría jurídica del delito, como, sobre todo en la interpretación de los tipos penales en particular.” COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M., *op. cit.*, p. 51. Sobre este principio *vid.* también CARBONELL MATEU, J. C., *op. cit.*, p. 215 y ss. Directamente relacionado con la lesividad se encuentra el principio del hecho o de la objetividad material del delito (*el pensamiento no delinque*), considerado como “el tercer gran principio del Derecho penal” y que exige una exteriorización del comportamiento infractor, ya activo, ya omisivo, “susceptible de percepción sensorial” para poder calificarlo como delito, puesto que, por su ofensividad, lesiona o pone en peligro los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento penal. *Cfr.* COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M. *op. cit.*, pp. 51-57.

constitucional del bien jurídico objeto de protección que es una cualidad más de su *carácter fragmentario*.<sup>205</sup>

Es así como surge, a modo de cuestión incidental en el debate sobre la delimitación cualitativa o cuantitativa de los injustos penales y administrativos, la necesidad de precisar los criterios que otorgan a un determinado interés jurídico la categoría de bien jurídico penal, ya que, como advierte GARCÍA RIVAS, atribuir al concepto de bien jurídico la función de determinar el objeto de la tutela penal es como señalar “un lienzo en blanco sobre el que se puede dibujar lo mismo un grandioso paisaje, un retrato, una composición abstracta o los «fusilamientos del tres de mayo»”<sup>206</sup>.

---

<sup>205</sup> ¿Acaso se puede establecer el mismo reproche punitivo a un asesinato que a un accidente de tráfico por exceso de velocidad, aunque las dos acciones conlleven la muerte de la víctima? Obviamente, no. Desde esta perspectiva subjetiva, es decir, desde la teoría de la culpabilidad, considero que los delitos deberían limitarse a recoger aquellas conductas constitutivas de un mayor desprecio hacia los intereses jurídicos individuales y colectivos que conforman nuestro orden constitucional. En este sentido, GARCÍA RIVAS sostiene que el carácter fragmentario del Derecho Penal “exige justamente que los bienes merecedores de protección penal sean tutelados –por regla general– de manera «fragmentaria», es decir, únicamente contra las modalidades de agresión más graves y relevantes, rechazando una tutela abrumadora o «totalitaria» y, por ello, también uniforme e indiferenciada.” GARCÍA RIVAS, N., *op. cit.*, p. 55. Algunos penalistas españoles, como SÁNCHEZ TEJERINA, I., CASTEJÓN Y MARTÍNEZ DE ARIZALA, F. y MONTORO PUERTO, M., llegaron a proclamar la distinción cualitativa de las infracciones administrativas y los delitos sobre la base de una hipotética ausencia de este principio en aquéllas. No obstante, ni el argumento de la ausencia de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador es correcto, ni, como indica GARCÍA ALBERO, la ausencia de un principio sería suficiente como “criterio cualitativo diferenciador”. Cfr. GARCÍA ALBERO, R.M., *op. cit.*, p. 342.

<sup>206</sup> GARCÍA RIVAS, N., *op. cit.*, p. 26. De ahí la importancia para el autor de definir este concepto de acuerdo con las “concepciones sociales imperantes”, es decir, de conformidad con los valores y derechos proclamados por nuestra Constitución. GARCÍA RIVAS cita a VON LISZT, continuador y difusor de la obra de BINDING, para quien la protección del Derecho es la que eleva el interés creado por la vida o por la sociedad a la categoría de bien jurídico y no a la inversa. Cfr. GARCÍA RIVAS, N., *op. cit.*, p. 28.



Este es el propósito de CARNEVALI que, después de analizar las teorías *constitucionalistas* y *sociológico-funcionalistas*, propone, como punto de partida, la siguiente premisa: “para estimar si un determinado objeto puede ser protegido por el ordenamiento jurídico –no solo penal-, es preciso que su afectación sea *socialmente dañosa*.”<sup>207</sup> Cumplida dicha condición será necesario buscar algún grado de “repercusión sobre el individuo” que justifique una tutela penal, de manera que, no resulta suficiente el daño social si no va acompañado de una “afectación individual”.<sup>208</sup> En estos supuestos, considera suficiente otorgar a los bienes jurídicos una protección de naturaleza administrativa, de acuerdo con el principio de lesividad u ofensividad.<sup>209</sup>

Al margen de los éxitos o fracasos en la determinación de estos criterios, lo cierto es que, mientras la doctrina alemana, en la elaboración de sus tesis cualitativas, advertía de una supuesta hipertrofia del Derecho penal<sup>210</sup>, en la España preconstitucional, la doctrina plantea un problema inverso, pues denuncia un desarrollo desmesurado del poder sancionador de la Administración pública en detrimento del ordenamiento penal, de forma que

---

<sup>207</sup> CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. A., *op. cit.*, p. 140.

<sup>208</sup> *Ibidem*

<sup>209</sup> CARNEVALI se hace eco de las críticas que denuncian la configuración de un Derecho penal como “*prima ratio*”, caracterizado por la tutela de bienes jurídicos colectivos y la tipificación de delitos de peligro abstracto, producto de la sociedad del bienestar en la que hay una desorbitante demanda ciudadana de protección penal, hasta cierto punto “irracional”. *Cfr. op. cit.*, pp. 135-140.

<sup>210</sup> GARCÍA ALBERO advierte que las teorías cualitativas “de matriz penalista” tienen su origen precisamente en este problema, por lo que deben examinarse como “criterios *de lege ferenda*” y no *de lege data*, es decir, de acuerdo con la “idoneidad” de sus pautas para facilitar la opción del legislador por una tutela u otra. *Cfr. GARCÍA ALBERO, R.M., op. cit.*, pp. 373 y 374.

llegó a cuestionarse la atribución de esta potestad a órganos no pertenecientes al poder judicial<sup>211</sup>.

Será PARADA VÁZQUEZ el representante más significativo de estas tesis y quien, con posterioridad, criticará duramente la decisión de atribuir potestad sancionadora a las administraciones públicas por parte del constituyente.<sup>212</sup>

---

<sup>211</sup> El incremento del poder punitivo de la Administración en España, desde las Cortes de Cádiz hasta la Constitución de 1978, es descrito brevemente por el profesor GÓMEZ TOMILLO en su tratado sobre Derecho administrativo sancionador, "...pese a que la Constitución de 1812 intentó depositar en manos del poder judicial la competencia exclusiva para la imposición de todo tipo de penas." GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.* p. 32. Paradójicamente, el autor denuncia, de forma paralela a su exposición del "fenómeno expansivo del Derecho administrativo sancionador" durante los dos últimos siglos, la actual "expansión legislativa del Derecho penal", que conlleva la aparición de numerosas tesis despenalizadoras en países europeos y anglosajones. Así, GÓMEZ TOMILLO recoge en su obra una relación de la abundante bibliografía existente sobre las dos cuestiones planteadas, tanto de autores penalistas como de administrativistas. *Cfr.* GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, pp. 32 y ss.

<sup>212</sup> El profesor PARADA VÁZQUEZ denuncia un "desarrollo espectacular" del poder sancionador de la Administración pública en 1972 y califica la cuestión como una de las más graves de nuestro ordenamiento jurídico. *Cfr.* PARADA VÁZQUEZ, J.R., "El poder sancionador de la...", *cit.*, pp. 41 y ss. El mismo reproche realizan MARTÍN RETORTILLO y GARCÍA DE ENTERRÍA en sendos artículos publicados en la RAP sobre las multas administrativas (enero/abril, 1976) y las sanciones administrativas (marzo 1976), respectivamente, ya citados con anterioridad en este trabajo. MARTÍN RETORTILLO cita a GONZÁLEZ PÉREZ, "uno de los más destacados especialistas en el tema de las sanciones administrativas", que "no ha dudado en calificar la potestad sancionadora de la Administración de exorbitante, desproporcionada, injusta, y arbitraria." MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *op. cit.*, p. 24. Por otra parte, el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA la describe como "una de las imperfecciones más graves de nuestro sistema de Estado de Derecho". *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *op. cit.*, pp. 399 y ss. En general, toda la doctrina científica analiza este problema especialmente presente hasta la entrada en vigor de la Constitución española de 1978, que, en su artículo 25, reconoce la potestad sancionadora de las administraciones públicas, aunque introduce un matiz de carácter cuantitativo (prohibición de establecer sanciones privativas de libertad). Entre otros, *vid.* CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho...*, *cit.* p. 52; MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho...*, *cit.*, pp. 115-119; COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *op. cit.*, p. 52.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *op. cit.*, pp. 162-206; GARCÍA ALBERO, R.M., *op. cit.*, pp. 322 y ss.; NIETO GARCÍA, A., *Derecho administrativo sancionador*, 4ª edición, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 66 y 67; RANDO CASERMEIRO, P., *La distinción entre...*, *cit.*, pp. 68-76. *Vid.* también los dos monográficos de la Revista *Documentación Administrativa* dedicados a la potestad sancionadora de las administraciones públicas, núm. 280, 281, 282 y 283 (INAP, años 2008 y 2009), disponibles en la siguiente dirección electrónica: <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=issue&op=archive>

Una vez aquí, a modo de recapitulación, podemos señalar que la evolución doctrinal española ofrece dos datos muy significativos y, a mi juicio, determinantes de las consecuencias legislativas y jurisprudenciales de nuestro ordenamiento jurídico constitucional<sup>213</sup>: los ilícitos penales y administrativos son ramas de un mismo árbol jurídico, el *ius puniendi* estatal; y, en España, no se produjo una hipertrofia del Derecho penal sino un incremento desmedido de la punibilidad administrativa con los consiguientes abusos sobre la ciudadanía.<sup>214</sup>

Dadas las anteriores circunstancias, doctrina penal y administrativista penalista no propusieron una despenalización de la potestad sancionadora sino su desadministrativización o, subsidiariamente, “la sujeción de la misma a algunos de los principios fundamentales del Derecho penal, junto a la aplicación del

---

<sup>213</sup> “Sólo tras la Constitución de 1978, y a la reacción de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Supremo, ha sido posible empezar a discutir sobre la naturaleza y límites de lo ilícito y la sanción administrativa, con cierta virtualidad generalizadora y mínimas garantías”. GARCÍA ALBERO, R.M., *op. cit.*, p. 302.

<sup>214</sup> Ya en los años 80, el profesor MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ describe un doble proceso inflacionista: “en el ámbito del Derecho penal y en el del Derecho administrativo sancionador” por lo que propone una revisión de ambas ramas del ordenamiento punitivo estatal, es decir, una despenalización de algunos delitos incluidos en el Código penal, “buena parte de los cuales debería convertirse en infracciones administrativas”, y una desadministrativización de infracciones administrativas que, en su caso, deberían ser elevadas a la categoría de ilícitos penales.” Sobre la base del carácter de *ultima ratio* del Derecho penal, el autor propone una desadministrativización de los *delitos de bagatela* y de aquellas otras figuras delictivas “cuya represión por la vía criminal se haya revelado ineficaz”. Sin perjuicio de posibles matices cuantitativos, considero que esta propuesta de interrelación ordinamental es un claro exponente de los postulados de la teoría unitaria. Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “La inflación del Derecho Penal y del Derecho Administrativo”, *Estudios Penales y Criminológicos*, USC, vol. VI, 1981-1982, pp.199-204.

principio *ne bis in idem* en relación con las sanciones penales y administrativas”.<sup>215</sup>

Mientras tanto, la doctrina penal española traslada el debate sobre una posible delimitación material entre ambos ilícitos al ámbito de sus consecuencias jurídicas, es decir, se pregunta si es posible apreciar diferencias de naturaleza cualitativa entre penas y sanciones.<sup>216</sup>

Para NAVARRO CARDOSO, la sanción penal suspende el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, algo que nunca puede suceder en el ámbito del Derecho administrativo sancionador<sup>217</sup>. Además, según este autor, en el caso de las multas, desaparecida la hipótesis de lograr una delimitación en atención a una supuesta graduación de carácter pecuniario, la distinción entre la sanción penal y la administrativa reside en la posibilidad de

---

<sup>215</sup> CEREZO MIR, Curso de Derecho..., *cit.*, p. 52. Al margen de discusiones doctrinales acerca de la delimitación entre ambos ordenamientos, la aportación de CEREZO MIR resulta fundamental, desde un punto de vista pragmático o funcional, porque abrió la puerta a la aplicación por la jurisprudencia contencioso-administrativa de los principios inherentes al Derecho penal, lo que otorgó una notable protección a los ciudadanos frente a los abusos de una Administración autoritaria y decimonónica, a la vez que mostró el camino, primero, al poder constituyente y, más tarde, al legislador estatal, para su progresiva incorporación al Derecho positivo. Ya en el año 1976, el profesor advirtió de la necesidad de trazar positivamente los límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, de la imposibilidad de que los tribunales o autoridades administrativas pudieran imponer, “ni siquiera con carácter sustitutorio”, sanciones privativas de libertad y de la necesidad de aplicar al ámbito administrativo los principios de legalidad, irretroactividad de leyes desfavorables, culpabilidad y *ne bis in idem*. Cfr. CEREZO MIR, J., “Límites entre el Derecho...”, *cit.*, pp. 87 y 88.

<sup>216</sup> “En España la recepción de las distintas tesis cualitativas se ha realizado de modo parcial y absolutamente minoritario. Parcial porque la diferencia cualitativa entre ilícitos no se deriva del postulado global del que parten el grueso de tesis de cuño germánico, a saber, la contraposición Administración-ordenamiento jurídico, sino que se presenta, en muchos casos, como fruto de una constatación –parcial– de derecho positivo.” GARCÍA ALBERO, R.M., *op. cit.* p. 342.

<sup>217</sup> Cfr. NAVARRO CARDOSO, F., *op. cit.*, pp. 19 y 20.

fijar una responsabilidad personal subsidiaria en el caso de impago de la pena pecuniaria.<sup>218</sup>

Sin embargo, ya en el año 1976, el profesor MARTÍN-RETORTILLO recogía la posición de la mayoritaria doctrinal española y descartaba las diferencias cualitativas entre penas y sanciones administrativas.<sup>219</sup> Se refiere, en concreto, a la pena y sanción de multa puesto que, a salvo de posibles diferencias de carácter formal<sup>220</sup>, no han triunfado las tesis defensoras de una separación sustancial o material entre estas dos consecuencias jurídicas, lo que motiva, una vez más, la teoría de la aplicabilidad de los criterios y principios rectores de las multas penales (...), en la medida de lo posible”, al ámbito de las multas administrativas.<sup>221</sup>

---

<sup>218</sup> El CP de 1995, modificado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, establece en su artículo 53.1: “Si el condenado no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que, tratándose de delitos leves, podrá cumplirse mediante localización permanente. En este caso, no regirá la limitación que en su duración establece el apartado 1 del artículo 37. También podrá el juez o tribunal, previa conformidad del penado, acordar que la responsabilidad subsidiaria se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad. En este caso, cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo.”

<sup>219</sup> Cfr. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. *op. cit.*, p.11 y ss.

<sup>220</sup> “Lo que significa reconocer por vía de contraste que de multa penal podrá hablarse cuando la sanción sea impuesta por los tribunales de justicia y en aplicación de las reglas de enjuiciamiento criminal” MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *op. cit.*, p. 16.

<sup>221</sup> Cfr. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *op. cit.*, pp. 13 y 14. “Opinión muy generalizada que de la misma se deduce es la de que no es fácil en los actuales sistemas jurídicos, si se prescinde de los datos formales y orgánicos, hallar criterios en base a los que delimitar, de una vez para siempre, una posible distinta naturaleza, entre infracciones penales e infracciones administrativas” *Ibidem*.

En su crítica hacia las tesis cualitativas de SILVA SÁNCHEZ y GARCÍA CAVERO, el profesor GÓMEZ TOMILLO sugiere un cambio en la denominación de estos dos grupos de teorías que analizan las relaciones entre ambas ramas del Derecho. Concretamente, el autor se refiere a “teorías diferenciadoras y teorías unitarias”, dada la mayor precisión de estos términos.<sup>222</sup>

Así las cosas, ni las posibles diferencias de carácter formal<sup>223</sup>, ni la “evidente diferencia de gravedad” entre algunas conductas tipificadas por el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador,<sup>224</sup> son demostrativas de una naturaleza heterogénea o de diferencias cualitativas entre uno y otro ilícito, porque los dos ordenamientos constituyen una “unidad esencial”<sup>225</sup>, es decir, “delito e infracción administrativa son manifestaciones de la potestad punitiva

---

<sup>222</sup> Cfr. GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, p. 58. De su análisis sobre las diferentes tesis unitarias, destacaría la de SINISCALCO, M., (*Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1983) quien defiende la presencia de dos grandes grupos de ilícitos públicos y privados. A su vez, dentro del grupo de ilícitos de Derecho público asoman dos *subsistemas*, uno penal y otro administrativo. Cfr. GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, pp. 66-68. Para este autor, dicha construcción teórica “podría ser aceptable tan sólo como instrumento teórico capaz de explicar la compleja realidad, sin por ello, desdibujar la unidad esencial entre ambas ramas del Derecho.” *Ibidem*.

<sup>223</sup> La reserva del proceso para imponer la sanción penal a los órganos judiciales, por ejemplo. Cfr. GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.* p. 61.

<sup>224</sup> Por ejemplo, “la desproporción entre un delito de violación y un aparcamiento indebido”. GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.* p. 63. Expone este autor, en su réplica a las tesis del profesor ROXIN sobre las diferencias de gravedad entre los comportamientos regulados por ambos ilícitos, la posibilidad de graduar los diferentes bienes jurídicos en el ámbito penal: “no tiene la misma significación la vida que la salud, la libertad sexual que la intimidad o la propiedad, etc. Y ello se refleja en el marco de la pena. (...) Sencillamente estamos ante un problema de proporcionalidad, no de identidad” GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.* p. 65.

<sup>225</sup> GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, p. 67.



del Estado, la cual ha sido otorgada por medio del contrato social a éste para la tutela de bienes jurídicos.”<sup>226</sup>

Sin embargo, esta posición no conlleva una defensa explícita de las tesis cuantitativas sino que, en consonancia con su propuesta denominadora, defiende una teoría unitaria “como ineludible punto de partida” al margen de posibles matices de carácter cuantitativo, porque “delitos e infracciones administrativas mantienen una estructura idéntica (ambas son siempre acciones típicas, antijurídicas y culpables,...), y se orientan a la protección de bienes jurídicos.”<sup>227</sup>

Entre los diferentes argumentos expuestos por GÓMEZ TOMILLO para la consecución de una tesis unitaria, quiero destacar los siguientes.<sup>228</sup>

- Por sus fines: ambos ordenamientos protegen bienes jurídicos.<sup>229</sup> Como podemos comprobar, una y otra vez aparece la figura *del bien jurídico*

---

<sup>226</sup> GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, p. 70. Para GARCÍA ALBERO todas las tesis cuantitativas parten del agotamiento de las tesis cualitativas más que de una “fundamentación autónoma”. Es decir, la negación de las diferencias cualitativas entre ambos instrumentos punitivos del Estado será presupuesto necesario para las teorías que afirman una distinción basada en criterios estrictamente cuantitativos como, por ejemplo, aquéllas que defienden una mayor entidad y gravedad del ilícito penal frente al administrativo, en todo caso. Sin embargo, tal y como critica el autor, este argumento no es válido para justificar las elevadas cuantías de muchas multas administrativas además de otras sanciones de suma gravedad para el sujeto infractor contempladas en nuestro Derecho positivo y, además, choca con las corrientes europeas que postulan una reducción de los delitos en favor de las infracciones administrativas. La prescripción constitucional de sanciones privativas de libertad, de conformidad con el artículo 25 CE, es el único argumento de Derecho positivo válido para la defensa de esta tesis. *Cfr.* GARCÍA ALBERO, R.M., *op. cit.*, pp. 343-354.

<sup>227</sup> *Cfr.* GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, pp. 64 y 65.

<sup>228</sup> *Vid.* GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, pp. 70-86.

*protegido* como elemento denominador común de ambos ilícitos, bajo pena de incurrir en arbitrariedad, lo cual es esgrimido por el autor como un argumento más a favor de la unidad sustancial de ambos ordenamientos.<sup>230</sup>

- Por la definición material de la infracción administrativa como *acción típica, antijurídica y culpable*.<sup>231</sup>

- Por la regulación de algunas figuras como ilícitos penales y administrativos en atención a simples relaciones matemáticas.<sup>232</sup>

---

<sup>229</sup> Este mismo criterio es seguido por ALASTUEY DOBÓN y ESTRELLA ESCUCHURI AISA, que defienden la identidad de los bienes jurídicos protegidos por los ilícitos penales y administrativos del Derecho de la circulación (“la vida” y “la integridad física de los intervinientes en el tráfico viario”), apoyan la “fluidez” entre ambas ramas del sistema punitivo y exponen los argumentos de GÓMEZ TOMILLO y CEREZO MIR en confrontación con las teorías cualitativas de FEJOO SÁNCHEZ y SILVA SÁNCHEZ. *Vid.* ALASTUEY DOBÓN, C. y ESCUCHURI AISA, E., *Ilícito penal y administrativo en materia de tráfico y seguridad vial, Estudios Penales y Criminológicos*, USC, vol. XXXI, 2011, pp. 8-16.

<sup>230</sup> “Entender que la potestad sancionadora del Estado puede construirse sin la referencia a los bienes jurídicos puede conducir a la arbitrariedad sancionatoria.” Cuestión distinta será delimitar la intervención del Derecho penal y del Derecho administrativo sancionador en atención a los principios de “proporcionalidad, fragmentariedad y *ultima ratio*” GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, pp. 71-73.

<sup>231</sup> *Cfr. op. cit.*, p. 76. La mayoría de la doctrina penal española utiliza un concepto de delito formado por los mismos elementos: antijuridicidad (norma primaria), tipicidad (norma secundaria) y culpabilidad. No obstante, una parte de la doctrina separa la culpabilidad del delito y la atribuye al delincuente, es decir, la consideran inherente al sujeto y, en consecuencia, no característica del delito. *Cfr.* LUZÓN PEÑA, D.-M., “delito”, *Enciclopedia...*, *cit.* p. 562. Para GARCÍA RIVAS esta doble acepción es debida a la coexistencia de dos tipos de consecuencias jurídicas: las penas y las medidas de seguridad. Así, “mientras las primeras reclaman la culpabilidad como antecedente inexorable, las medidas operan en un ámbito distinto: el de los sujetos que presentan peligrosidad criminal”. GARCÍA RIVAS, *op. cit.*, p. 24. Por consiguiente, el autor califica al CP de 1995 como “sistema de doble vía o dualista”, puesto que prevé penas y medidas de seguridad como consecuencias jurídicas del delito. *Ibidem.* Por su parte, el vigente artículo 10 del CP dispone: “son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley.”

<sup>232</sup> “...sólo la tesis cuantitativa explica satisfactoriamente la relación matemática establecida por el legislador entre determinadas figuras delictivas y sus correlativas infracciones

- Por las *consecuencias jurídicas* de las normas penales y administrativas, puesto que la Constitución “tan solo cierra el paso a que la Administración imponga sanciones que impliquen directa o subsidiariamente privación de libertad.”<sup>233</sup>

- Por el reconocimiento unánime (doctrina, jurisprudencia y legislación), del *non bis in idem* entre penas y sanciones administrativas, como consecuencia de la identidad sustancial entre ambos ordenamientos.<sup>234</sup>

---

administrativas.” GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, p. 77. A título de ejemplo, el autor indica las delimitaciones estrictamente cuantitativas entre algunos delitos contra la seguridad vial (artículos 379 y ss. del CP) y ciertas infracciones tipificadas en el Real decreto legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, cuyo único límite se dispone sobre la base de criterios puramente matemáticos. Por ejemplo, que la conducción de un vehículo a una determinada velocidad constituya delito o infracción administrativa dependerá del número de kilómetros/hora que exceda de la velocidad máxima permitida por el ordenamiento para esa vía. *Ibidem*.

<sup>233</sup> GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, p. 80. La mayoría de los representantes de las tesis cuantitativas o unitarias rebaten los argumentos de las tesis cualitativas basados en una mayor gravedad de las penas en relación con las sanciones administrativas. En este sentido y al margen de algunas sanciones de multa cuyas cuantías son muy significativas, GÓMEZ TOMILLO recuerda que hay sanciones distintas a las de prisión de singular gravedad, como la pérdida del empleo en un contexto de crisis como el actual. Así, por ejemplo, compara las penas privativas de libertad, en su límite inferior, con la pérdida de la condición de funcionario a perpetuidad: “En una sociedad donde el trabajo representa un bien escaso, la pérdida del derecho a trabajar puede ser tan grave como la pérdida del derecho a la libertad ambulatoria.” En definitiva, la clave de bóveda está en la posibilidad o no de objetivar la gravedad de una sanción jurídica, dada la importancia de las circunstancias del sujeto que soporta las consecuencias del *ius puniendi* estatal en sus diversas manifestaciones, de ahí que, tal y como señala el citado autor, el artículo 2.2 del CP disponga la necesidad de oír al reo en el ámbito de la aplicación retroactiva de la ley penal. *Cfr.* GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, p. 48.

<sup>234</sup> *Cfr.* GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, p. 81. Como dice el autor “...sólo su identidad sustancial explica la prohibición unánimemente aceptada de acumular sanciones penales y administrativas por los mismos hechos”, a lo que habría que añadir, y por los mismos fundamentos jurídicos. *Ibidem*. GARCÍA ALBERO indica dos presupuestos que, “desde un punto de vista abstracto” condicionan históricamente la prohibición del *bis in idem* entre ambos ordenamientos: a) la presencia de “una reconocida capacidad administrativa sancionadora”, pese al principio de división de poderes reconocido desde la Constitución de 1812; y b) los supuestos de hecho objeto de la potestad sancionadora son los mismos que motivan la acción penal. Para este autor, ambos presupuestos “se cumplen sobrada y prematuramente en nuestro

Además, el profesor GÓMEZ TOMILLO hace referencia a las “*ventajas derivadas de la adopción de la teoría unificadora*” que, en definitiva, se centran en la aplicación de los principios del Derecho penal al Derecho administrativo sancionador, como “*garantías sustancialmente iguales*”<sup>235</sup>. Sin embargo, más que de *ventajas* deberíamos hablar de *motivaciones* u *objetivos*, dado que la oposición doctrinal a las tesis cualitativas y el consiguiente desarrollo de la teoría de la unidad sustancial parte de la necesidad de limitar, jurídicamente, el excesivo poder sancionador administrativo.<sup>236</sup>

Rebate NAVARRO CARDOSO las últimas tentativas de una pequeña parte de la doctrina científica italiana e española en formular, esta vez, una delimitación formal entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, bien en función del tipo de sanción, bien en función del órgano que impone la consecuencia jurídica, aunque sin la pretensión de obtener una separación substancial entre ambas ramas del sistema punitivo español, que los desmarque de la posición doctrinal mayoritaria dentro del ámbito de las teorías

---

Ordenamiento jurídico”, desde el reconocimiento dicha potestad a alcaldes y gobernadores civiles por el Decreto constitucional de 23 de junio de 1813, con el consiguiente quebranto y contradicción del principio constitucional de división de poderes “no sólo desde el punto de vista cuantitativo, sino cualitativo.” Cfr. GARCÍA ALBERO, R.M., *op. cit.*, pp. 303-305.

<sup>235</sup> *Ibidem.*

<sup>236</sup> Digamos que estas ventajas operan a modo de motor para lograr la unidad esencial entre ambos ordenamientos. Como describe el profesor GARCÍA ALBERO, los defensores de esta tesis conciben las teorías cuantitativas como presupuesto para aplicar estos límites al Derecho administrativo sancionador, es decir, tanto la prohibición del *bis in idem*, como la aplicación de los principios del Derecho penal, sin embargo este autor trata de justificar que la teoría unitaria no es una condición *sine qua non* para conseguir ambos objetivos. Cfr. GARCÍA ALBERO, R.M., *op. cit.*, pp. 297-299.

cuantitativas.<sup>237</sup> Tal y como apunta: “Podría afirmarse, (...), que no es tanto un problema de personas, pues las mismas garantías mínimas tiene que observar el secretario general de un ayuntamiento cuando actúa como instructor de un procedimiento sancionador por infracción urbanística, como un juez de instrucción por un delito urbanístico.”<sup>238</sup>

No obstante, a medida que se iba conformando una mayoría doctrinal en torno a las tesis cuantitativas o unitarias y comienza un nuevo ciclo constitucional en el que España es proclamada Estado social y democrático de Derecho<sup>239</sup> (artículo 1.1 CE), surge una nueva cuestión<sup>240</sup>: dado que la mayoría doctrinal española, penal y administrativa, aboga por una unidad sustancial entre ambos

---

<sup>237</sup> En España, *Vid.* MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 4ª edición, Barcelona, 1996, p. 6, *cit.* por NAVARRO CARDOSO, F., *op. cit.*, p. 78, y GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *op. cit.*, pp. 162 y ss. GARCÍA DE ENTERRÍA ya distinguía la sanción administrativa de la sanción penal en atención a criterios estrictamente formales, en 1976, año en que publica en la REDA un artículo sobre las sanciones administrativas que basa en los trabajos preparatorios del Curso de Derecho administrativo, compartido con el profesor FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: “Se distinguen estas sanciones de las penas propiamente dichas por un dato formal, la autoridad que las impone: aquéllas, la Administración; éstas, los Tribunales penales.” GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “El problema jurídico de las sanciones administrativas”, REDA, núm. 10, Civitas, 1976, p. 399. Otro autor que postula una distinción puramente formal es BAJO FERNÁNDEZ, que considera al órgano del Estado que aplica las penas o sanciones como el único criterio diferenciador de ilícitos penales y administrativos. *Vid.* BAJO FERNÁNDEZ, M., “La unidad del Derecho sancionador”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, volumen IV, Civitas, Madrid, 2002, pp. 6683-6696.

<sup>238</sup> *Cfr.* NAVARRO CARDOSO, F., *op. cit.*, pp. 78-81

<sup>239</sup> Artículo 1.1 de la CE. MIR PUIG interpreta el nuevo contexto en el que se desarrolla la función de la pena como una “fórmula sintética” a través de la cual, por un lado, se fusionan los principios propios de los Estados liberal y social y, por otro, se incorporan las características inherentes a un Estado democrático. *Vid.* MIR PUIG, S., *La función...*, *cit.*, pp. 19-24.

<sup>240</sup> Sobre esta cuestión, recientemente, *vid.* TORNOS MAS, J., “¿Quién debe ejercer el «*ius puniendi*» del Estado?”, REDA, núm. 104, Civitas, 2014, pp. 11-16.

ilícitos ¿es posible defender la atribución de potestad sancionadora al poder ejecutivo por parte del constituyente (artículo 25 CE)?<sup>241</sup>

Unos años antes de la entrada en vigor de nuestra Constitución, en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA tras plantear la cuestión de la distribución entre ambos Derechos y procedimientos punitivos, ya sobre “criterios objetivos”, ya sobre “una libre determinación del legislador”, distinguió entre sanciones administrativas de autoprotección o “autotutela” y sanciones administrativas de protección general u orden público (“heterotutela”).<sup>242</sup>

De acuerdo con esta clasificación, el autor considera fundada una posible distinción cualitativa de la potestad sancionadora con el Derecho penal en el ámbito de la autoprotección administrativa o tutela de sus propios intereses, dada la situación de supremacía especial en la que se encuentra la Administración en relación con los sujetos sancionados. Sin embargo, rechaza su posible extensión al ámbito sancionador general o de orden público, ya que la Administración tutela intereses sociales y, en consecuencia, se sitúa en un plano de supremacía general con los ciudadanos<sup>243</sup>.

---

<sup>241</sup> La unidad sustancial entre ambos derechos, defendida por una amplia mayoría doctrina pre y post constitucionalista, guarda relación directa con aquella teoría del “supraconcepto del ilícito” recogida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1972 y comentada en el apartado anterior de este capítulo.

<sup>242</sup> Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *op. cit.*, pp. 399 y ss.

<sup>243</sup> Así, el profesor comenzó su análisis con una clasificación de sanciones administrativas, diferenciando entre *sanciones de autoprotección (disciplinarias, de policía demanial, rescisorias de actos administrativos favorables y tributarias); de protección del orden general*



Por su parte, QUINTERO OLIVARES banaliza los esfuerzos doctrinales por “teorizar” la necesidad o no de atribuir potestad sancionadora a las administraciones públicas, dada su evidencia constitucional: “la frontera natural de la actividad sancionadora viene dada por las competencias jurisdiccionales del Poder Judicial, que es el genuinamente dotado por la Constitución de la capacidad de limitar los derechos de los ciudadanos.”<sup>244</sup>

Esta posición es compartida por el profesor BACIGALUPO, para quien el debate finalizó con la aprobación de la Constitución porque sus artículos 9, 25 y 106 constituyen la “base constitucional” de la atribución de potestad sancionadora a las administraciones públicas.<sup>245</sup>

---

(*sanciones de orden público*); y de *policías especiales*. Después de equiparar la potestad sancionadora de orden público a una “heterotutela” del orden social (supremacía general), propia de jueces y tribunales, y, por lo tanto, contraria al principio de división de poderes, analizó la ausencia de principios limitadores dentro de una *potestad punitiva general*, que encarnaba un “derecho represivo pre-beccariano” y, desde esa posición, defendió la necesidad de identificar sus principios con los correspondientes a la *potestad punitiva penal*. *Ibidem*.

<sup>244</sup> QUINTERO OLIVARES, G., “La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración pública y los principios inspiradores del Derecho penal”, RAP, núm. 126, CEPC, septiembre/diciembre, 1991, p. 255. El “evidente” reconocimiento de dicha atribución no es óbice para admitir la aplicación de límites que garanticen a los ciudadanos un correcto ejercicio de esa potestad, como el principio de legalidad y el respeto a los derechos declarados por la Constitución. *Ibidem*.

<sup>245</sup> “El reconocimiento de la «infracción administrativa» como una categoría de ilícitos junto a los delitos y faltas [tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 3 de marzo, las faltas pasan a la categoría de *delitos leves*] (...), establece un sistema tripartito de ilícitos sancionables que despeja toda duda respecto de las facultades del legislador para distinguir entre un derecho penal común y otro sancionador administrativo y abre la cuestión de cómo se deben configurar ambos sistemas de ilicitudes.” BACIGALUPO ZAPATERO, E., Sanciones administrativas (Derecho español y comunitario), Colex, Madrid, 1991, p. 18.

Entre los autores de la doctrina administrativa, el profesor PARADA VÁZQUEZ<sup>246</sup> es el mayor exponente de las críticas a esta atribución constitucional<sup>247</sup>, que considera contraria al principio de división de poderes dada su evidente naturaleza judicial, tal y como ha reconocido el Tribunal Constitucional en su Sentencia núm. 77/1983, de 3 de octubre:

“No cabe duda que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la Administración, pero un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable, por razones que no es ahora momento de exponer con detalle, entre las que se pueden citar la conveniencia de no recargar en exceso las actividades de la Administración de Justicia como consecuencia de

---

<sup>246</sup> Vid. PARADA VÁZQUEZ, J.R., Derecho administrativo II, Régimen jurídico de la actividad administrativa, 20ª edición, open ediciones universitarias, Madrid, 2013, capítulo XIII, “La actividad sancionadora”, pp. 363-425.

<sup>247</sup> PARADA describe la potestad sancionadora de la Administración como un “formidable poder, de naturaleza judicial”, incongruente con el principio de división de poderes, puesto que la Administración no sólo acuerda la sanción sino que también es competente para su ejecución. A continuación, expone los motivos que han llevado a su constitucionalización y analiza las diversas opciones del Derecho comparado, desde la nítida separación de poderes de los ordenamientos anglosajones y francés, hasta los procesos de “*despenalizzazione*” llevados a cabo en Alemania, Italia y Portugal, bajo la tutela de la jurisdicción civil o penal, como consecuencia de la “crisis del sistema judicial”. Cfr. PARADA VÁZQUEZ, J.R., Derecho administrativo II..., *cit.*, pp. 364-375. Por último, en cuanto a su fundamento constitucional en España, el autor señala que, “debido a sus confusos e ilegítimos orígenes (...), la potestad sancionadora de la Administración ha tenido por fuerza que ser convalidada por el artículo 25 de la Constitución, que al establecer el principio de legalidad en materia punitiva se refiere a la penal y a la administrativa (...) y por el párrafo del mismo precepto que admite, *a contrario sensu*, sanciones administrativas que no impliquen privación de libertad.” PARADA cita también al artículo 45.3 de la CE, en relación con el medio ambiente. PARADA VÁZQUEZ, J.R., Derecho administrativo II..., *cit.*, p. 386.

ilícitos de gravedad menor, la conveniencia de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en relación con ese tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor inmediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados.”<sup>248</sup>

Otros autores, como NIETO GARCÍA<sup>249</sup>, a favor de esta atribución constitucional, proponen la distinción entre titularidad de la potestad sancionadora, que siempre recae en una Administración pública, y su ejercicio<sup>250</sup>, que puede verse interferido por la actuación de los jueces y tribunales en la resolución de los recursos contencioso-administrativos.<sup>251</sup>

---

<sup>248</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional nº 77/1983, de 3 de octubre, fundamento jurídico segundo.

<sup>249</sup> El profesor NIETO aboga por un Derecho administrativo sancionador separado del ordenamiento penal y vinculado directamente con el Derecho público estatal, a modo de “anejo o complemento de las facultades materiales de gestión, a cuyo servicio están para reforzar su cumplimiento eficaz con medidas represoras en caso de desobediencia.” NIETO GARCÍA, A., *op. cit.*, p. 92.

<sup>250</sup> Para NIETO GARCÍA, el ejercicio de la potestad sancionadora comprende tres facultades básicas: la “facultad de atribución”, por la cual puede predeterminar las conductas que constituyen infracciones administrativas y las sanciones correspondientes, con respeto al principio de legalidad; la “facultad de imposición”, que le permite determinar la infracción e imponer la sanción oportuna, de acuerdo con el principio de oportunidad y conforme a las normas de procedimiento; y la “facultad de ejecución” de la sanción administrativa, con respeto a las garantías del ciudadano. *Cfr. op. cit.*, p. 130.

<sup>251</sup> NIETO GARCÍA, A., *op. cit.*, p. 148. Su posición no sólo es favorable a la constitucionalidad de la potestad sancionadora, dado su origen común con el Derecho penal (*ius puniendi* estatal), sino que, al amparo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 120/1996, de 8 de julio, y STC 54/2003, de 24 de marzo), defiende tanto su vinculación material (artículo 25 CE), como formal (artículo 24 CE). *Cfr. op. cit.*, pp. 138-139.

Al margen de las críticas, lo cierto es que el Tribunal Constitucional<sup>252</sup> declaró la compatibilidad de esta atribución con la Constitución española y la proclamación del Estado democrático y de Derecho.<sup>253</sup>

“Siguiendo esta línea, nuestra Constitución no ha excluido la existencia de una potestad sancionadora de la Administración, sino que, lejos de ello, la ha admitido en el art. 25, apartado 3º, aunque, como es obvio, sometiéndose a las necesarias cautelas, que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos.”<sup>254</sup>

En cuanto a los criterios para optar por uno u otro instrumento punitivo, de acuerdo con GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, la Constitución dejó a elección del legislador el grado de protección de los bienes jurídicos en cada caso, ya en virtud de “razones puramente cuantitativas”, ya, en la mayoría de los casos, “por razones de expeditividad ante una justicia penal bloqueada por

---

<sup>252</sup> “De las diferentes opciones de encuadramiento, la doctrina mayoritaria y el Tribunal Constitucional optan por entender que el sistema jurídico-sancionador constitucional posee dos manifestaciones, el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador. NAVARRO CARDOSO, F., *op. cit.*, p. 17.

<sup>253</sup> Del contenido en esta sentencia, el profesor PARADA extrae las siguientes condiciones para ejercer la potestad sancionadora por la Administración: 1ª) Sujeción al principio de legalidad; 2ª) Interdicción de las penas privativas de libertad; 3ª) Respeto a las garantías del artículo 24.2 de la CE en el procedimiento sancionador; y 4ª) Subordinación al poder judicial, tanto en lo que se refiere al control de legalidad por la jurisdicción contencioso-administrativa, como a la preferencia del orden jurisdiccional penal ante supuestos de hecho que pudieran constituir ilícitos penales y administrativos. *Cfr.* PARADA VÁZQUEZ, J.R., *op. cit.*, p. 387.

<sup>254</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional nº 77/1983, de 3 de octubre, fundamento jurídico segundo.

la acumulación de asuntos, el procedimentalismo y la falta de articulación efectiva de la Administración con las fiscalías”.<sup>255</sup>

Coincide GÓMEZ TOMILLO en esta interpretación, ya que en su defensa sobre la identidad sustancial de ambos ilícitos hace referencia a “una amplia zona común” de bienes jurídicos que se encuentran bajo la tutela indistinta de uno u otro ordenamiento, a la vez que rechaza un sistemático emparejamiento de “bienes jurídicos nucleares” con el Derecho penal, y de “bienes jurídicos periféricos” con el Derecho administrativo sancionador”.<sup>256</sup>

En definitiva, tal y como concluyen los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ: “Todos los esfuerzos por dotar a las sanciones administrativas de alguna justificación teórica y de una sustancia propia han fracasado. Sólo razones de política criminal<sup>257</sup> explican las opciones varias y, a menudo

---

<sup>255</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *op. cit.*, p. 165. Esta afirmación se apoya, entre otras razones, en la redacción del artículo 45.3 CE, referido a la protección del medio ambiente y que, expresamente, establece: “Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.” *Ibidem*.

<sup>256</sup> *Cfr.* GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, p.72 y 73. “Ello es patente no sólo en los casos expuestos, sino en los supuestos en los que el legislador delimita ambas clases de ilícito recurriendo al establecimiento de un límite matemático.” GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, p. 73.

<sup>257</sup> La Política criminal forma parte de las ciencias penales junto con la criminología y la dogmática jurídico-penal. La criminología realiza un estudio “natural” y no normativo del delito como “hecho de la realidad social”, así como de las dos figuras relacionadas con este fenómeno, el delincuente y la víctima. La política criminal se dirige al estudio de las “estrategias de lucha contra el crimen” y tiene por “límite infranqueable” al Derecho penal. Por último, la dogmática jurídico-penal es una ciencia dedicada al “estudio y crítica de los principios” que componen los cimientos del ordenamiento penal. *Cfr.* COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M., *op. cit.*, pp. 33-39.

contradictorias, del legislador a favor de una u otra de esas dos vías represivas.”<sup>258</sup>

Finalizada la polémica sobre la atribución constitucional de parte del *ius puniendi* estatal al poder ejecutivo, frente a los defensores de las teorías cualitativas y cuantitativas, asoman tesis eclécticas que advierten de la crisis del “Derecho penal moderno” sometido a los dictados de una corriente social alarmada por la excesiva fragilidad de los bienes jurídicos (*sociedad del riesgo*), y que, “bajo la apariencia de su neutralidad y con un envoltorio democrático”<sup>259</sup>, demandan la implantación de medidas penales extremadamente duras y contrarias a la resocialización del artículo 25 CE.<sup>260</sup>

---

<sup>258</sup>GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *op. cit.*, p. 166. Sin embargo, los autores reconocen dos criterios diferenciadores: primero, con relación a los fines de las penas y las sanciones administrativas, ya que éstas lejos de buscar una finalidad reeducadora y de reinserción social tienen una finalidad represiva “más pragmática”; y, segundo, declaran como “último núcleo irreductible” del Derecho penal, las penas privativas de libertad y las privativas de otros derechos civiles y políticos. *Cfr.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *op. cit.*, p. 166.

<sup>259</sup> Palabras de GARCÍA RIVAS que clama contra un panorama de fin de siglo XX excesivamente retribucionista, lo que produce una deshumanización del Derecho penal contemporáneo que utiliza la pena, únicamente, para “reforzar los valores de una sociedad que se muestra incapaz de hacer frente al crimen procurando los medios para reducir la conflictividad”. GARCÍA RIVAS, N., *op. cit.*, p. 39. Para el autor, esta corriente social y política amenaza las modernas teorías relativas de la pena (prevención general y especial) y contradicen el principio de resocialización en tanto se apoyan en un único fundamento: la idea de justicia. Estas propuestas generan una “involución” del Derecho penal moderno y nos devuelven a finales del siglo XIX, cuando la teoría causalista de VON LISZT rechazaba la retribución como fin exclusivo del Derecho penal. *Ibidem.*

<sup>260</sup> Sobre la influencia en el Derecho penal de una mayor “percepción social de la violencia” y su utilización política *vid.* el capítulo II del libro del profesor HASSEMER, *Crítica al Derecho penal de hoy*, traducido por Patricia S. ZIFFER, 1ª reimpresión, ediciones *Ad Hoc*, Buenos Aires, 2003, pp. 47-66. Así, apoyándose en conceptos elaborados por Franz von LISZT (Código penal como “Carta Magna del delincuente”) y Günther JAKOBS (“Derecho penal del enemigo”) describe esta situación: “Violencia, riesgo y amenaza constituyen hoy fenómenos centrales de la percepción social. La seguridad ciudadana hace su carrera como bien jurídico y, alimenta una creciente industria de la seguridad. (...) La sociedad, amenazada por la violencia y



Para COBO DEL ROSAL y QUINTANAR DÍEZ, el “uso y abuso del Derecho penal” por el “sistema democrático” español responde a la finalidad de resolver de forma “rápida y demagógica” determinados conflictos de carácter político-social, que no deben combatirse mediante medidas de política-criminal sino a través de otros instrumentos de intervención diferentes al ordenamiento penal.<sup>261</sup>

---

el delito, se ve puesta contra la pared. En su percepción, ella no se puede dar el lujo de un derecho penal entendido como protección de la libertad, como "Carta Magna del delincuente", lo necesita como "Carta Magna del ciudadano", como arsenal de lucha efectiva contra el delito y represión de la violencia. El delincuente se convierte tendencialmente en enemigo, y el derecho penal, en "derecho penal del enemigo". HASSEMER, W., *op. cit.*, pp. 50 y 52. En la misma línea *vid.* LASCANO, C.J., “La insostenible «modernización del derecho penal» basada en la «tolerancia cero» desde la perspectiva de los países «emergentes»”, artículo publicado en la revista de Derecho penal y procesal *Cahiers de Défense Sociale: bulletin de la Societé International de Défense Sociale pour une Politique Criminelle Humaniste*, núm. 30, 2003, pp. 159-160, disponible en internet: <http://www.defensesociale.org/revista2003/10.pdf>. Ante esta nueva etapa, caracterizada por procesos simultáneos de “inflación penal” (aumento y agravación de los tipos y espacios penales) y *deflación de los límites al ius puniendi estatal* (disminución de las garantías penales, sustantivas y procesales), LASCANO se formula preguntas como “¿qué ha quedado del abolicionismo penal que postula la supresión total del poder punitivo?” o “¿dónde se sitúan los principios de un derecho penal de intervención mínima, basado en el respeto de las garantías constitucionales, con sus subprincipios de fragmentariedad y subsidiariedad del derecho penal?” *Op. cit.*, p. 160. Por último, DEMETRIO CRESPO critica el “funcionalismo normativista” en el que incurre JAKOBS para desembocar en su “derecho penal del enemigo”. El método de JAKOBS excede de un formalismo exacerbado, “alejado de la realidad” y pone en entredicho las garantías propias del Estado de Derecho, ya que fundamenta el ordenamiento penal sobre la distinción de personas y no de hechos. Son los hechos los que deben constituir el centro de gravedad del ordenamiento penal y no los sujetos. Tal y como concluye DEMETRIO CRESPO, “[s]ólo desde el respeto a los Derechos Humanos se puede configurar el vínculo entre el ser y el deber ser del Derecho penal.” DEMETRIO CRESPO, E, “Crítica al funcionalismo normativista”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, núm. 3, UNED, 2010. *Vid.* también su crítica en el análisis “Del «Derecho penal liberal» al «Derecho penal del enemigo»”, publicado en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, núm. 14, UNED, 2004, pp. 87-115, y donde DEMETRIO CRESPO califica el camino desde la Ilustración hacia el Derecho penal del enemigo como una “involución lamentable” (*vid.* pp. 87-92).

<sup>261</sup> De ahí la importancia del principio de necesidad o intervención mínima que, para estos autores simplemente responde a “una expresión llena de superficialidad”, dada la deriva legislativa hacia una “intervención máxima” en el Derecho penal. *Cfr.* COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M., *op. cit.*, pp. 65-71. Tal y como denuncian ambos autores, “desde la instauración de la democracia en España (1976) hasta nuestros días, (...), se ha usado y abusado del Derecho penal tanto en el nivel legislativo como en su aplicación”, lo cual, sin embargo, se

Pero, frente al excesivo aumento de las penas privativas de libertad<sup>262</sup>, ¿resulta suficiente con que invoquemos al principio de intervención mínima del Derecho penal y a su carácter fragmentario? Es decir, ¿basta con acudir al Derecho administrativo sancionador para lograr una oposición firme frente a una política criminal basada en un excesivo endurecimiento de las penas? ¿Qué ocurrirá en cuando las conductas infractoras vulneren con gravedad los bienes jurídicos de mayor relevancia constitucional?<sup>263</sup>

---

ha revelado como una medida inútil para la reducción o desaparición de los delitos objeto de esta errada política. COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M., *op. cit.*, pp. 65-71

<sup>262</sup> Sobre las penas privativas de libertad en el Código Penal de 1995 *vid.* LORENZO SALGADO, J.M., “Las penas privativas de libertad en el nuevo Código Penal español”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XX, USC, 1997, pp. 149-224, y “Penas privativas de libertad: Referencia especial al arresto de fin de semana”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 24, CGPJ, 1996, pp. 11-84. Sobre la nueva pena de *prisión permanente revisable*, incorporada al Código penal de 1995 mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo, y la Constitución española, *vid.* el análisis de ABEL SOUTO, Cadena perpetua y delitos contra la comunidad internacional, en el libro Comentarios a la reforma del Código penal de 2015, director GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1347-1366, donde, además de denunciar un nuevo “oxímoron” o “*contradictio in terminis*”, “pues lo permanente no es revisable”, plantea las siguientes cuestiones de inconstitucionalidad: (1) posible infracción del artículo 15, que prohíbe “las penas o tratos inhumanos o degradantes”; (2) posible vulneración del artículo 10.1, que proclama la dignidad de la persona como “fundamento del orden político y la paz social”; (3) posible infracción del artículo 14, por la “distinta duración de vida de los presos”; (4) posible vulneración de los artículos 9.3, 25.1 y 81.1, que reconocen el principio de legalidad penal, en relación con los principios de seguridad jurídica y taxatividad; y (5), posible infracción del artículo 25.2, que otorga a las penas privativas de libertad las funciones de reeducación y reinserción social. *Cfr. Ibidem.*

<sup>263</sup> Como advierte ABEL SOUTO, en su crítica sobre las teorías relativas, “en delitos graves contra la vida y la honestidad la eficacia disuasoria de la pena parece muy cuestionable. De manera que, paradójicamente, la prevención general no puede fundamentar la pena en los casos más graves y preocupantes.” ABEL SOUTO, M., *Teorías de la pena... cit.*, p. 43. El autor reproduce dicha crítica en *El cine carcelario* (AA.VV.), donde diversos especialistas exponen las vicisitudes de la pena de prisión desde la óptica del séptimo arte, bajo la coordinación de REVIRIEGO PICÓN, F. y DE VICENTE MARTÍNEZ, R., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 36.

Sin perjuicio del principio de intervención mínima y el recurso a otros instrumentos de intervención, como el Derecho administrativo sancionador<sup>264</sup>, la doctrina proclama también la vigencia del *principio de humanidad de las penas*, como uno de los “axiomas fundamentales” que limita el *ius puniendi* estatal y cuya raíz reside en el respeto a la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social en nuestra Constitución.<sup>265</sup>

Así, describe DE LA CUESTA ARZAMENDI, el principio de humanidad se manifiesta en el Derecho penal por medio de tres consecuencias: a) “la prohibición de la tortura y de toda pena y trato inhumano o degradante”; b) “la orientación resocializadora de la pena”, especialmente de la pena privativa de libertad; y c) “la atención a las víctimas de toda infracción penal”.<sup>266</sup>

---

<sup>264</sup> Sobre las influencias de este “modelo penal de la seguridad ciudadana” en el Derecho administrativo sancionador y su evolución desde un derecho garantista hacia “un derecho administrativo sancionador securitario” *vid.* RANDO CASERMEIRO, P., “El modelo penal de la seguridad ciudadana en el derecho administrativo sancionador”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1/2010, Barcelona. Disponible en internet: [http://www.indret.com/pdf/rando\\_casermeiro.pdf](http://www.indret.com/pdf/rando_casermeiro.pdf)

<sup>265</sup> *Vid.* DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “El principio de humanidad en Derecho penal”, *Eguzkilore*, núm. 23, diciembre 2009, San Sebastián, pp. 209-225. Este autor toma la expresión “axioma fundamental” de BERISTAIN, A., Axiomas fundamentales de la Criminología ante la globalización y la multiculturalidad, *Eguzkilore*, núm. 17, 2003, San Sebastián, pp. 89-98.

<sup>266</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *op. cit.*, p. 211. El autor rechaza las penas privativas de libertad superiores a los 15 años de internamiento por el “grave riesgo de daños irreversibles en la personalidad del preso” y propone esta cifra como límite máximo del cumplimiento efectivo de estas penas. *Cfr. op. cit.*, p. 219. No obstante, conocedor del rechazo social que inspiraría esta propuesta, advierte que, “una decisión de este estilo –hoy por hoy inimaginable en esta «sociedad punitiva», obsesionada con la extensión de la duración de las penas de prisión y de su cumplimiento efectivo e íntegro– obliga a plantear el tratamiento de los delincuentes peligrosos, que, al término de su condena, sigan presentando un riesgo relevante de comisión de graves hechos delictivos.” *Ibidem*. Recordemos que la ya citada LO 1/2015, de 30 de marzo, (*vid. supra* notas a pie de pág. núm. 195, 245 y 262), además de suprimir las faltas del Código penal español, introdujo la *prisión permanente revisable*, con un mínimo de 25 años de prisión permanente, en un paso más o, tal vez, en el paso definitivo hacia la consolidación del *Derecho penal del enemigo* (*vid. supra* nota a pie de pág. núm. 260), al margen de cualquier

Otros autores, como GARCÍA RIVAS, proponen un sistema penal moderno basado en tres elementos, norma penal, realidad de los hechos y política criminal<sup>267</sup>, a la par que rechazan el “binomio dogmática - política criminal”, caracterizado por dogmas inmutables y contrario a una mayor flexibilidad en la interpretación de la norma por el órgano jurisdiccional.<sup>268</sup>

En relación con estas teorías y de la mano de GÓMEZ TOMILLO<sup>269</sup>, quiero hacer una breve referencia a tres destacados penalistas que analizan la expansión del Derecho penal y, sobre la base del principio de intervención mínima, dirigen sus propuestas hacia un proceso de administrativización de los bienes jurídicos colectivos, con la despenalización de determinados ilícitos y consiguiente flexibilización de las garantías clásicas del ámbito penal, cuya sustitución por las propias del Derecho administrativo sancionador incide, una

---

consideración al principio de humanidad de las penas y a la función de reinserción social atribuida a las penas privativas de libertad por nuestra Constitución.

<sup>267</sup> Esta misma línea de investigación es seguida por RANDO CASERMEIRO en su tesis sobre la distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador desde postulados de política criminal, con la finalidad de delimitar la intervención de ambos instrumentos punitivos. Por eso, analiza el estado de la cuestión y cuestiona la utilidad de los debates dogmáticos entre las teorías cuantitativas y cualitativas, ya que se trata de “las dos caras de una misma moneda” y afirma que estos criterios de diferenciación tienen poco o “nada que aportar” a las relaciones entre ambos ordenamientos. *Cfr.* RANDO CASERMEIRO, P., La distinción entre..., *cit.*, pp. 52-60.

<sup>268</sup> “El principio de interpretación conforme a la Constitución de los preceptos penales es, según creo, el paradigma de esta nueva configuración de la Dogmática penal: la interpretación teleológica, al escoger el ángulo hermenéutico que ofrece el interés merecedor de tutela, se sitúa así en un lugar central de la labor del intérprete; desde ese ángulo, la «letra de la ley» expresa un contenido mucho más rico del que parece inferirse del significado literal de las palabras empleadas por el legislador.” Ante las más que posibles críticas al sistema por riesgo de arbitrariedad en la interpretación, el autor propone una mayor racionalidad en la argumentación jurídica, esto es, utilizar la “ética de la interpretación” como “ética de la motivación”. GARCÍA RÍVAS, N., *op. cit.*, pp. 100-101.

<sup>269</sup> *Vid.* GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, pp. 39-42

vez más, en la delgada línea que delimita ambos ordenamientos: HASSEMER<sup>270</sup>, SILVA SÁNCHEZ<sup>271</sup> y FERRAJOLI<sup>272</sup>.

HASSEMER es el máximo representante de la Escuela de Frankfurt<sup>273</sup>, después de describir una sociedad alarmada por la “violencia, riesgo y amenaza” presupuesto de una expansión penal que busca la represión y seguridad en detrimento de la prevención y libertad<sup>274</sup>, propone un Derecho

---

<sup>270</sup>Vid. HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., La responsabilidad por el producto en derecho penal, Tiran lo Blanch, Valencia, 1995; HASSEMER, W., “Crisis y características del moderno Derecho Penal”, traducción de MUÑOZ CONDE, F., *Actualidad Penal*, núm. 43, 1996, p. 335 y ss.; HASSEMER, W., *Crítica al Derecho...*, *cit.*

<sup>271</sup>Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.-M., La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2001. Sobre el fenómeno expansivo del Derecho penal vid. FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “La expansión selectiva del Derecho penal español”, en *Revista Digital Facultad de Derecho*, núm. 1, UNED, 2009. Disponible en internet: <http://62.204.194.43/fez/eserv/bibliuned:revistaDFD-2009-1-5030/Documento.pdf>

<sup>272</sup>Vid. FERRAJOLI, L., Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal, edición traducida por Andrés Ibáñez, P., Ruiz Miguel, A., Bayón Mohino, J.C., Terradillos Basoco, J., Cantarero Bandrés, R., Trotta, Valladolid, 1995.

<sup>273</sup> El profesor LASCANO reduce las tesis desarrolladas en torno al fenómeno expansivo del Derecho penal en tres grupos: 1) las tesis defensoras de una peculiar *modernización del Derecho penal*, cuyos seguidores abogan por la ampliación del ámbito de aplicación penal, la agravación de las penas y la flexibilización de las garantías procesales; 2) las tesis desarrolladas por los integrantes de la “Escuela de Frankfurt”, que postulan la reducción del ámbito penal al denominado “Derecho penal nuclear” y el retorno a los principios sustantivos y procesales del “Derecho penal liberal”; y 3) la tesis ecléctica o “posibilista” de SILVA SÁNCHEZ que propugna un “Derecho penal de dos velocidades”, con una *primera velocidad* o “Derecho penal de la cárcel”, representativo de *delitos nucleares* (máxima vigencia de las garantías sustantivas y procesales) y una *segunda velocidad* formada por delitos menores (sin penas privativas de libertad), en los que admite una cierta flexibilización (“flexibilización proporcionada”), de dichos principios. Cfr. LASCADO, C. J., *op. cit.*, pp. 162-166.

<sup>274</sup>Cfr. HASSEMER, W., *Crítica al Derecho...*, *cit.*, pp. 56-66. El profesor alemán describe las “agravaciones en el derecho penal material y en el derecho procesal penal” fruto de una política criminal que tiene como “telón de fondo (...) una violencia dramatizada” y cuyo fin no es otro que la construcción del denominado “derecho penal eficiente”. En palabras de HASSEMER: “El destinatario de las exigencias de una opinión pública amenazada por la violencia es, sobre todo, el derecho penal, incluido el derecho procesal penal. De él se espera una ayuda efectiva en caso de necesidad y la garantía de la seguridad ciudadana. (...) La política criminal “moderna”



penal reducido, “de corte liberal”, es decir, un “Derecho penal nuclear “dirigido a la exclusiva protección de bienes jurídicos individuales (vida, libertad, honor, dignidad, patrimonio, etc.), por lo que rechaza la penalización de los intereses sociales (económicos, medioambientales, etc.)<sup>275</sup>, en tanto no afecten directamente a cada uno de los individuos que conforman el contrato social, los cuales podrían ser protegidos mediante el denominado “Derecho de intervención”.<sup>276</sup>

---

en este sentido, está claramente caracterizada. No opera, como hasta hace algún tiempo, con la desincriminación y la atenuación de penas, sino con la nueva criminalización y agravamiento de las penas. Se concentra en los tipos y amenazas penales y no en las consecuencias del derecho penal. (...) No se orienta ya a los bienes jurídicos clásicos concretos del individuo (vida, salud, libertad, etc.), sino a bienes jurídicos de la generalidad, que además, describe en forma tan amplia y vaga que se puede justificar con ellos cualquier amenaza penal”. HASSEMER, W., *op. cit.*, pp. 56, 57 y 58. En una sociedad de estas características, como la que vivimos, considero que los actores y responsables de esta política criminal deberían, cuando menos, reflexionar en torno a las siguientes preguntas: ¿Es el Derecho penal el instrumento punitivo adecuado para combatir todos y cada uno de los desafíos y agresiones que inquietan a la *sociedad de riesgo* en que vivimos? ¿Estamos dispuestos a deshumanizar el Derecho penal suprimiendo límites materiales y formales que lo informan con el único beneficio de garantizar nuestra seguridad individual? ¿Qué ocurrirá entonces con el principio de intervención mínima y con su carácter fragmentario?

<sup>275</sup> Los intereses sociales, como el medio ambiente, en tanto no afecten directamente a los intereses jurídicos individuales deberían ser tutelados como “meros injustos administrativos” a través de un “Derecho de intervención”, equiparado, según STRATENWERTH, a un “*Derecho penal administrativo cualificado*”, que carece de delimitación en cuanto se desconoce qué figuras lo conformarían, qué sanciones le corresponderían y qué garantías penales podrían reducirse. *Cfr.* GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, pp. 39 y 40, 44 y 45.

<sup>276</sup> “Para HASSEMER el Derecho penal liberal tradicional debería reducir su objeto al «Derecho penal nuclear», pero las infracciones contra los nuevos bienes jurídicos (...) podrían ser reguladas a través de lo que él llama un «Derecho de intervención», que (...) situado a mitad de camino entre el Derecho penal y el Derecho sancionatorio administrativo, (...), con un nivel de garantías y formalidades procesales inferior al del Derecho penal”. LASCADO, C.J., *op. cit.*, p. 165. Según la interpretación que de HASSEMER hace GÓMEZ TOMILLO, los intereses sociales, como el medio ambiente, en tanto no afecten directamente a los intereses jurídicos individuales deberían ser tutelados como “meros injustos administrativos”. *Cfr.* GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, pp. 39 y 40.



Apoyándose en las críticas de autores como MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, ZUGALDÍA ESPINAR, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ y GRACIA MARTÍN, el profesor GÓMEZ TOMILLO rechaza esta tesis, en primer lugar, porque conduce a un “Derecho penal de clases”, es decir, un ordenamiento punitivo en el que la delincuencia socioeconómica tan sólo se expondrían “a la sanción más suave del Derecho de intervención”, y, en segundo lugar, porque la principal consecuencia de esta despenalización sería la “bagatelización” de bienes jurídicos sociales.<sup>277</sup>

En este último sentido, GÓMEZ TOMILLO trae a colación la tesis de SCHÜNEMANN, que proclama, con carácter universal frente al bien jurídico individual de HASSEMER, el “derecho de todas las generaciones” a un desarrollo sostenible que garantice “un medio ambiente propicio a la vida” cual bien jurídico de tanta trascendencia como la propia existencia y preservación del hombre<sup>278</sup>.

Ante el fenómeno expansivo del Derecho penal moderno, en España, SILVA SÁNCHEZ propone una configuración dual, es decir, un “Derecho penal de dos velocidades” “en donde convivan los delitos más graves contra bienes jurídicos de carácter individual, que serán castigados con penas privativas de libertad bajo la vigencia de las garantías y principios procesales “clásicos” (*primera*

---

<sup>277</sup> Cfr. GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, pp. 42 y 44.

<sup>278</sup> Cfr. GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, p. 43

*velocidad* o Derecho penal “de la cárcel”)<sup>279</sup>, con nuevas figuras delictivas (bienes jurídicos de naturaleza supra individual o social), penas con sanciones no privativas de libertad, cuya imposición estaría informada por una mayor “flexibilidad” en sus reglas de imputación y una mayor “neutralidad” que en el Derecho administrativo sancionador (*segunda velocidad*).<sup>280</sup>

Si efectuamos un paralelismo con la tesis de HASSEMER, la *primera velocidad* correspondería con su “Derecho nuclear”<sup>281</sup> y la segunda velocidad, resultante del proceso de administrativización del Derecho penal, con su “Derecho de Intervención”.<sup>282</sup>

Sin embargo, GÓMEZ TOMILLO no es partidario de reducir ninguna de las garantías clásicas del *ius puniendi* estatal, sino de todo lo contrario, ya que

---

<sup>279</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *op. cit.*, p. 163.

<sup>280</sup> Cfr. GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, p. 41.

<sup>281</sup> La admisión de un “derecho penal nuclear” implica el reconocimiento de un enfoque cualitativo entre ambas ramas del *ius puniendi*, al menos en lo que a los ilícitos recogidos en este núcleo se refiere. Así lo expone RANDO CASERMEIRO en su tesis, *La distinción...*, *cit.*, pp. 220-222. Para este autor se trata de un razonamiento propio de “planteamientos retribucionistas que reconocen una función comunicativo-simbólica exclusiva del derecho penal. La difuminación y dispersión de las conductas que conforman ese *sancta sanctorum* implicarían posiblemente un replanteamiento social acerca de las conductas realmente más graves desde el punto de vista de su dañosidad social.” RANDO CASERMEIRO, P., *op. cit.*, p. 213.

<sup>282</sup> Después de exponer su tesis sobre un Derecho penal de dos velocidades, SILVA SÁNCHEZ se pregunta si en este modelo habría espacio para una “tercera velocidad” que acogiera aquellos delitos más graves, castigados con penas privativas de libertad pero “con reglas de imputación y procesales menos estrictas” que las previstas para la primera velocidad y que, con “carácter excepcional y por tiempo limitado”, comprendería aquéllos “fenómenos como la delincuencia patrimonial profesional, la delincuencia sexual violenta y reiterada, o fenómenos como la criminalidad organizada y el terrorismo, que amenazan con socavar los fundamentos últimos de la sociedad constituida en Estado”. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *op. cit.* pp. 163 y 164.

defiende su integración y equiparación con las del ámbito penal, por lo que, frente a las propuestas de *administrativización* del Derecho penal, plantea la *penalización* del Derecho administrativo sancionador.<sup>283</sup> Asimismo, rechaza la desaparición de la pena de prisión en la *segunda velocidad* del Derecho penal, ya que es aquí donde se encuentran los delitos denominados “*de cuello blanco*”, cuyos sujetos activos, según el autor, son más sensibles a la eficacia preventiva de las penas privativas de libertad.<sup>284</sup>

FERRAJOLI, que formula su particular *teoría del garantismo penal* sobre la base de la “*verdad procesal*” (único fin legítimo de cualquier juicio penal celebrado en un Estado de Derecho)<sup>285</sup> y el principio de “exclusiva protección del bienes jurídicos”, también defiende la despenalización de aquellas conductas que no adolecen de la suficiente gravedad para recibir un tratamiento penal, aunque, a diferencia de los anteriores autores, no considera necesaria ni la creación de un *Derecho de Intervención*, ni el desdoblamiento del Derecho penal en *dos vías o velocidades*, sino que basta trasladar estos

---

<sup>283</sup> El autor se basa en “la experiencia histórica que pone de manifiesto que siempre se ha abusado de los poderes otorgados al Estado por medio del contrato social”. GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, p. 47.

<sup>284</sup> *Cfr.* GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.* p. 49.

<sup>285</sup> FERRAJOLI proclama el concepto de *verdad procesal* o formal como fundamento para una correcta ordenación del proceso y una posible revisión de la práctica judicial, por lo que rechaza su sustitución por un concepto de *verdad sustancial* o material, “salvo que se opte explícitamente por modelos penales puramente decisionistas, sino a costa de una profunda incomprensión de la actividad jurisdiccional y de la renuncia a su forma principal de control racional.” FERRAJOLI, L., *op. cit.* p. 47. Para este autor, la *verdad procesal* es de naturaleza “aproximativa”, ya que la verdad total o absoluta resulta un “ideal inalcanzable” fruto de una “ingenuidad epistemológica” y la única vía válida para alcanzarla es un juicio penal sometido a las garantías penales y procesales clásicas. *Cfr.* FERRAJOLI, L., *op. cit.*, pp. 50 y 51.

ilícitos al ámbito del ordenamiento administrativo, por lo que, como señala GÓMEZ TOMILLO, su teoría resulta más interesante para una delimitación con el Derecho administrativo sancionador basada en la particularidad de las penas privativas de libertad.<sup>286</sup>

En primer lugar, FERRAJOLI propone expulsar del código los delitos de peligro abstracto, reducir “al máximo” los delitos *de bagatela* y eliminar aquellos delitos que castiguen la vulneración de “intereses de carácter exclusivamente moral”.<sup>287</sup> Asimismo, sostiene la posibilidad de suprimir aquellos delitos “castigados tan solo con penas pecuniarias”, es decir, retirar del Código penal aquellas conductas castigadas con pena de multa y pasarlas al Derecho administrativo sancionador.<sup>288</sup>

No obstante, FERRAJOLI no defiende la creación de un Derecho penal dotado de mayor flexibilidad en cuanto a sus límites o garantías clásicas, sino que insiste en su mantenimiento dado que constituyen la única vía válida para alcanzar la *verdad procesal*, “que no puede ser afirmada conforme a observaciones directas”<sup>289</sup> sino mediante un proceso de razonamiento judicial que el autor sistematiza en tres fases: 1ª) “una inferencia inductiva (prueba o

---

<sup>286</sup>Cfr. GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.* p. 35.

<sup>287</sup>*Ibidem*

<sup>288</sup> La propia sanción de multa indica que la conducta no es lesiva de un “bien jurídico fundamental”, por lo que FERRAJOLI considera el Derecho penal un “instrumento desproporcionado” para su protección. *Ibidem*.

<sup>289</sup>FERRAJOLI, L., *op. cit.*, p. 52.

inducción fáctica)”, que consiste en la comprobación de la realización de una conducta por un sujeto; 2ª) “una inferencia deductiva (subsunción o deducción jurídica)”, o subsunción de la conducta en un tipo delictivo concreto; y 3ª) “un silogismo práctico (o disposición), cuya conclusión dispositiva es la norma”, es decir, la aplicación de la consecuencia jurídica prevista en la norma penal correspondiente.<sup>290</sup>

Estas operaciones se llevan a cabo mediante la “*comprobación jurisdiccional* de la desviación punible”, que se ve informada por las “*garantías procesales*” y sucede a la “*definición legislativa*” que, en cambio, deberá respetar las “*garantías penales*”.<sup>291</sup>

De esta forma, FERRAJOLI sistematiza el conjunto de *garantías penales* y *procesales* en diez *axiomas garantistas* que conforman su modelo garantista penal, es decir, “las reglas del juego fundamentales del derecho penal”<sup>292</sup>. Estos diez límites o “*principios axiológicos fundamentales*”, enunciados por

---

<sup>290</sup> FERRAJOLI, L., *op. cit.*, p. 64. De las tres fases solamente las dos primeras conforman la *verdad procesal*, porque son “silogismos teóricos”, mientras que la tercera fase, que consiste en la aplicación de la norma, constituye un “silogismo práctico o deóntico”, así que si quiebran aquellas inferencias el órgano judicial traspasará la barrera del arbitrio, donde la motivación del fallo descansa en decisiones de carácter discrecional. *Cfr. Ibidem.*

<sup>291</sup> *Cfr.* FERRAJOLI, L., *op. cit.*, p. 34.

<sup>292</sup> FERRAJOLI, L., *op. cit.*, pp. 92-93. “Los axiomas garantistas no expresan proposiciones asertivas, sino proposiciones prescriptivas; no describen lo que ocurre, sino que prescriben lo que debe ocurrir; no enuncian las condiciones que un sistema penal efectivamente satisface, sino las que debe satisfacer en adhesión a sus principios normativos internos y/o a parámetros de justificación externa.” *Ibidem.*

FERRAJOLI en forma de máximas latinas, se clasifican en seis garantías penales y cuatro garantías procesales:<sup>293</sup>

#### A.- Garantías penales

- 1.- “*Nulla poena sine crimine*” o “principio de retributividad”.
- 2.- “*Nullum crimen sine lege*” o “principio de legalidad”.
- 3.- “*Nulla lex (poenalis) sine necessitate*” o “principio de necesidad”.
- 4.- “*Nulla necitas sine iniuria*” o “principio de lesividad u ofensividad”.
- 5.- “*Nulla iniuria sine actione*” o “principio de materialidad”.
- 6.- “*Nulla actio sine culpa*” o “principio de culpabilidad”.<sup>294</sup>

#### B.- Garantías procesales

- 1.- “*Nulla culpa sine iudicio*” o “principio de jurisdiccionalidad”
- 2.- “*Nullum iudicium sine accusatione*” o “principio acusatorio”.
- 3.- “*Nulla accusatio sine probatione*” o “principio de la carga de la prueba”.
- 4.- “*Nulla probatio sine defensione*” o “principio del contradictorio, de la defensa o de la refutación”.<sup>295</sup>

---

<sup>293</sup> *Ibidem*

<sup>294</sup> *Ibidem.*

<sup>295</sup> *Ibidem.* Tal y como expone FERRAJOLI, la mayoría de estos principios (penales y procesales) fueron ideados por el pensamiento iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, e incorporados, “más o menos íntegra y rigurosamente”, a las diferentes constituciones y codificaciones de los “ordenamientos desarrollados”, por lo que se transformaron en los “principios jurídicos del moderno estado de derecho”. *Ibidem.*



Sobre estos principios y sus posibles combinaciones, FERRAJOLI distingue entre modelos garantistas y autoritarios de Derecho penal, sin perjuicio de la existencia de la creación y desarrollo de modelos intermedios.<sup>296</sup> Los primeros responden a las características propias del Estado de Derecho y son indispensables para la configuración de un Derecho penal moderno<sup>297</sup>, limitado por un conjunto de garantías (penales y procesales) que protegen al ciudadano frente a los posibles abusos del poder punitivo estatal.<sup>298</sup>

Éste es el sentido que GÓMEZ TOMILLO atribuye al Derecho penal contemporáneo, producto de “una construcción intelectual y científica notable” que debería tomarse como referencia para “toda manifestación punitiva del Estado”, es decir, a modo de “derecho común” con el Derecho administrativo

---

<sup>296</sup> Vid. FERRAJOLI, L., *op. cit.*, pp. 97 y ss.

<sup>297</sup> En su defensa de la Constitución española de 1978, cuyo contenido material considera indispensable para la construcción de una sociedad y un Estado moderno, Vives Antón alude a los dos significados del término “Estado de Derecho”, primero, en un nivel básico, porque condiciona las características y requisitos necesarios para concebir el Estado moderno, y, en segundo lugar, más allá del concepto de Estado moderno, el Estado de Derecho representa la democracia y el respeto por los derechos fundamentales, en definitiva, “...es el Estado de la Constitución”. Cfr. VIVES ANTÓN, T.S., *Fundamentos...*, *cit.*, p. 680.

<sup>298</sup> Mientras los primeros asumen los diez principios o axiomas, en cuanto constituyen “garantías del ciudadano contra el arbitrio o el error penal” y son propios del Estado de Derecho (“derecho penal mínimo”), los segundos se caracterizan por la “debilidad o ausencia de alguno o algunos de estos límites” y son propios de Estados de corte absolutista o autoritarios (“derecho penal máximo”) Cfr. FERRAJOLI, L., *op. cit.*, pp. 103 y 104. Por otra parte ambos modelos de Derecho penal (mínimo y máximo) representan dos niveles de certeza inversamente opuestos: “la certeza perseguida por el derecho penal máximo está en que ningún culpable resulte impune, a costa de la incertidumbre de que también algún inocente pueda ser castigado” y “la certeza perseguida por el derecho penal mínimo está, al contrario, en que ningún inocente sea castigado, a costa de la incertidumbre de que también algún culpable pueda resultar impune” FERRAJOLI, L., *op. cit.*, p. 106.

sancionador, sobre el que proyectaría las garantías *penales* enunciadas por FERRAJOLI.<sup>299</sup>

Frente a las tesis administrativizadoras del Derecho penal moderno, que abogan por una despenalización de conductas antijurídicas y la flexibilización de las garantías del Derecho administrativo sancionador, GÓMEZ TOMILLO alerta de los peligros de la reducción de estos límites y postula una administrativización basada en el incremento de las garantías *penales* y no en su reducción, ya que la potestad sancionadora de las administraciones públicas, que tanto cubre graves comportamientos contrarios a la *paz social*, como graves consecuencias jurídicas en forma de sanciones, es un instrumento punitivo derivado del *ius puniendi* estatal que no difiere cualitativamente del Derecho penal y, en consecuencia, deberá someterse a los mismos límites.<sup>300</sup>

En definitiva, GÓMEZ TOMILLO plantea una “*penalización del Derecho administrativo sancionador*”, de forma que el poder sancionador descansa sobre los principios generales del orden penal; sólo de esta manera se podrá lograr una adecuada administrativización del Derecho penal: “...en la medida en que se consiga que el Derecho administrativo sancionador obtenga un nivel

---

<sup>299</sup>Cfr. GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, pp. 51 y 52. Según este autor, la función del Derecho penal como “derecho común” del Derecho administrativo sancionador debería producirse con respecto de sus garantías *penales* y no *procesales*, porque la identificación con éstas “implicaría una reproducción por parte de la Administración del proceso jurisdiccional, con lo que se perderían las ventajas de atribuir potestad sancionadora a aquélla.” *Ibidem*.

<sup>300</sup>Cfr. GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, p. 53.

de garantías y controles satisfactorio, se conseguirá la «devolución» de múltiples ilícitos que, siendo hoy penales, pueden ser administrativos. De esa manera, se conseguirá un Derecho penal que, de forma real, responda a la idea de *ultima ratio*.<sup>301</sup>

Concluyo este breve resumen, sobre las diferentes teorías de delimitación cualitativa y cuantitativa entre ambos ordenamientos, con la posición mayoritaria de la doctrina penal española, que niega autonomía al Derecho administrativo sancionador a la vez que proclama la unidad de nuestro sistema punitivo a los efectos de su compatibilidad con el principio constitucional de división de poderes.<sup>302</sup> Por consiguiente y de acuerdo con la doctrina mayoritaria y jurisprudencia constitucional, sostengo que la potestad sancionadora forma parte del *ius puniendi* superior del Estado, junto con la jurisdicción penal de los jueces y tribunales, y su delimitación responde a criterios de naturaleza estrictamente cuantitativa.

Superado este debate y, por consiguiente, reconocida capacidad al *ius puniendi* estatal para manifestarse tanto por “vía judicial penal”, como por “vía administrativa”,<sup>303</sup> centro mi investigación sobre sus principios informadores y las posibilidades de ser transferidos al ámbito administrativo sancionador, de

---

<sup>301</sup> GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, p. 54.

<sup>302</sup> Cfr. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *op. cit.*, pp. 52 y 53.

<sup>303</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *op. cit.*, p. 167. “El problema es ahora si esa aplicación administrativa del *ius puniendi* general puede separarse en sus principios de los establecidos con el mayor rigor para la aplicación penal por los jueces desde los orígenes del Estado de Derecho.” *Ibidem*.

forma que, actuando como garantías mínimas para los ciudadanos, sirvan de ordenación y límite a la potestad sancionadora de las administraciones públicas.



### II.3- Los principios informadores del Derecho penal como garantías frente al poder sancionador de las administraciones públicas.

“No se trata tanto de limitar (que también desde la perspectiva de las garantías de la persona) como de ordenar (para mejor garantía de los derechos y libertades de las personas) la intervención de un Estado social y democrático de Derecho sobre el respeto a los derechos fundamentales.”<sup>304</sup>

La desmesura del Derecho administrativo sancionador tiene su origen en el viejo Derecho de policía, propio del Antiguo Régimen, que dio lugar al que, en 1976, el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA denominó “*Derecho represivo prebeccariano*” caracterizado, entre otras, por las siguientes notas.<sup>305</sup>

- Fundamento jurídico de la potestad sancionadora sostenido en normas de carácter reglamentario.
- Presunción de veracidad del acto administrativo sancionador, en detrimento del principio de presunción de inocencia.

---

<sup>304</sup> NAVARRO CARDOSO, F., *op. cit.*, p. 28.

<sup>305</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *op. cit.*, pp. 167 y 168.

- Carga de la prueba en manos del imputado, que debía probar su inocencia.
- Acto administrativo inmediatamente ejecutorio, sin posibilidad de suspensión de sus efectos vía recurso administrativo o judicial.
- Utilización de técnicas propias de la responsabilidad objetiva; *versari in re illicita*<sup>306</sup>.
- Derecho a la tutela judicial efectiva condicionado a la previa efectividad de la sanción; *solve et repete*<sup>307</sup>.

<sup>306</sup> Vid. “caso fortuito”, Enciclopedia..., *cit.*, pp. 226-229; “delitos cualificados por el resultado”, pp. 468-474; “preterintencionalidad”, pp. 1023-1025; y “principio de responsabilidad objetiva”, pp. 1038-1039. LUZÓN-PENÑA define el principio de *versari in re illicita* como “la exigencia de responsabilidad objetiva o por el resultado –aunque no hubiera culpa– si se trataba inicialmente de una conducta (una materia, un asunto: *res*) ilícita”. LUZÓN PEÑA, D-M., Enciclopedia..., *cit.*, p. 226. Por aplicación de este principio medieval, de origen canónico, “debía responder penalmente de un resultado lesivo, aunque fuera fortuito e imprevisible, quien lo causara a consecuencia de una conducta inicial ilícita”. MIR PUIG, S., en Enciclopedia..., *cit.*, p. 1024. Este principio, reconocido tanto por el artículo 8.8 del Código penal de 1944, a través de la eximente de caso fortuito que exigía una conducta inicial lícita, como por “tipos legales expresos” que acogían la “producción objetiva del resultado”, fue poco a poco sustituido por el principio de responsabilidad subjetiva o “del desvalor (subjetivo) de la acción”, primero, mediante la reforma operada en el año 1983 (LO 8/1983, de 25 de junio), que dispone en su artículo 1 la exigencia de culpa como condición *sine qua non* para la pena (“Cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave sólo se responderá, de éste si se hubiere causado, al menos, por culpa”), suprime la exigencia de licitud en la eximente de caso fortuito y elimina ciertos delitos cualificados por el resultado; y, segundo, con la aprobación del nuevo Código Penal de 1995, (LO 10/1995, de 23 de noviembre), que confirma la dos garantías de los ciudadanos frente a la imposición de una pena: “No hay pena sin dolo o imprudencia” (artículo 5); y, su determinación, será proporcionada “a la gravedad del desvalor subjetivo de la acción.” *Cfr.* Enciclopedia..., *cit.*, pp.468-474 y 1038-1039.

<sup>307</sup> Vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *op. cit.*, pp. 52-54.



- Posibilidad de agravación de la situación inicial del sancionado;  
*reformatio in peius*<sup>308</sup>.

Esta descripción coincide con las efectuadas por otros autores de la doctrina administrativista como MARTÍN RETORTILLO, PARADA VÁZQUEZ o SANTAMARÍA PASTOR<sup>309</sup>.

Ante este escenario, los representantes de las tesis sobre delimitación cuantitativa entre ilícitos penales y administrativos abogaban por la “desadministrativización de la actividad sancionadora de la Administración” o, por lo menos, su vinculación a “algunos de los principios fundamentales del Derecho Penal”, así como “la aplicación del principio *ne bis in idem* en relación con las sanciones penales y administrativas”.<sup>310</sup>

En este mismo sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ señalan a la jurisprudencia preconstitucional del Tribunal Supremo como pieza esencial para lograr, con la aprobación de la Constitución española, una interpretación limitadora de la potestad sancionadora de las administraciones públicas, tomando como referencia los principios generales del Derecho penal<sup>311</sup>.

---

<sup>308</sup> Vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *op. cit.*, pp. 54-56.

<sup>309</sup> Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J.A., Principios..., *cit.*, tomo II, pp. 374-376.

<sup>310</sup> Cfr. CEREZO MIR, J., Curso de Derecho..., *cit.*, p. 52.

<sup>311</sup> Por su relevancia en esta materia, los autores citan las SSTs de 2 y 25 de marzo de 1972.

Así, gracias a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en primer lugar, y a la Constitución española,<sup>312</sup> después, se produjo un cambio de modelo en el Derecho administrativo sancionador, pasando de situaciones represivas propias de un Estado autoritario, hasta posiciones más acordes con un Estado de Derecho en el que por fin se impone un sistema garantista a imagen del modelo de Derecho penal descrito por FERRAJOLI<sup>313</sup>. No obstante, es necesario recordar el carácter fragmentario del Derecho penal<sup>314</sup> y, por tanto, la vigencia del principio de intervención mínima o *ultima ratio*, razón por la que debemos revestir a este análisis de una proporcionalidad acorde con la mayor levedad de las infracciones administrativas, dada su menor lesividad hacia los bienes jurídicos protegidos por esta rama del *ius puniendi* estatal.<sup>315</sup>

---

<sup>312</sup> También a la interpretación del Tribunal Constitucional; *vid.* el estudio de GARCÍA DE ENTERRÍA, “La incidencia de la Constitución...” *cit.*, en el que analiza dos sentencias “de primera importancia para nuestro Derecho Público”, SSTC 2/1981, de 30 de enero, y 18/1981, de 8 de junio.

<sup>313</sup> *Vid.* FERRAJOLI, L., *op. cit.*, pp. 97 y ss.

<sup>314</sup> CARBONELL MATEU distingue los caracteres *fragmentario* y *secundario* del Derecho penal. Por un lado, su *carácter fragmentario* “implica que tan sólo deba usarse éste para castigar los ataques más intolerables a los bienes jurídicos más relevantes para la sociedad”, por lo que el legislador deberá realizar una selección muy rigurosa de aquellas conductas tipificadas en la ley penal; por otro, su *carácter secundario o subsidiario* conlleva “...que éste sólo debe intervenir allí donde no sea posible obtener una tutela eficaz por otro medio menos costoso; esto es, a través de otra rama del ordenamiento jurídico.” CARBONELL MATEU, J.C., *op. cit.*, pp. 204-205

<sup>315</sup> Que el principio de fragmentariedad proponga como alternativa a la pena la sanción del Derecho administrativo sancionador, no sólo no es contrario a la unidad del *ius puniendi* estatal sino que se trata de una consecuencia de este fundamento de base, tal y como apuntan las tesis cuantitativas. De ahí que, en la tesis de RANDO CASERMEIRO, la fragmentariedad opere como tamiz para seleccionar “los bienes jurídicos más importantes” y “los ataques más intolerables” pero no como instrumento delimitador entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, tal y como apuntan las teorías cuantitativas. *Cfr.* RANDO CASERMEIRO, P., La distinción..., *cit.*, pp. 194-211: “La tesis que mantengo se encamina, por el contrario, y partiendo de la premisa de Jescheck citada, a una proyección del principio de fragmentariedad a todo el *ius puniendi*, puesto que lo que en realidad debe propiciar el mentado principio es una pauta de diferenciación entre infracciones para las que deben establecerse

Abierto el periodo posconstitucional español y descartada, por la mayoría doctrinal y jurisprudencial, una diferenciación ontológica<sup>316</sup>, algunos autores, como MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, analizaron las tesis de diferenciación cuantitativa y, a la luz del Derecho positivo vigente, propusieron su desaparición, ya que, los únicos criterios que permiten una distinción inequívoca son el *formal*, “basado en la diversa naturaleza de las sanciones” (pena criminal y sanción administrativa), y el *competencial*<sup>317</sup>, puesto que el proceso penal se reserva a juzgados y tribunales integrantes del poder judicial mientras que el procedimiento sancionador se tramita y resuelve por órganos administrativos pertenecientes al poder ejecutivo<sup>318</sup>.

Para estos autores, la decisión de tipificar una conducta como delito o como infracción administrativa pertenece al legislador y dependerá, básicamente, de razones o consideraciones de política criminal junto al necesario respeto al

---

medidas punitivas —penales y administrativas— y aquéllas otras respecto a las cuales no se debe activar el *ius puniendi* estatal.” RANDO CASERMEIRO, P., La distinción..., *cit.*, p. 207.

<sup>316</sup> La Constitución española, de 27 de diciembre de 1978, entró en vigor el mismo día de su publicación, el 29 de diciembre de 1978. Tal y como se desprende de las sentencias citadas en el primer epígrafe de este capítulo, la doctrina del Tribunal Constitucional (objeto de análisis en las siguientes páginas), convierte a los artículos 24 y 25 de la Constitución en piedra de toque para verificar la constitucionalidad en el ejercicio de la potestad sancionadora.

<sup>317</sup> GARCÍA ALBERO, R.M., critica las teorías de delimitación formal entre ambos ordenamientos, que califica de “superfluas”, aunque reconoce su irrefutabilidad desde la perspectiva del Derecho positivo en países como España y Austria. *Cfr.* GARCÍA ALBERO, R., *op. cit.*, p. 356.

<sup>318</sup> “En aras a una necesaria síntesis: lo que en definitiva está en juego es cohonestar, adecuadamente, en el terreno valorativo las garantías que se derivan de un Derecho penal respetuoso con los postulados básicos del Estado de Derecho, de un lado, y la enorme celeridad y eficacia que caracterizan al Derecho administrativo sancionador, de otro.” MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “La inflación del Derecho Penal y...” *cit.*, pp. 206 y 207

principio de intervención mínima “que el Derecho penal debe ostentar en el marco de un Estado de Derecho”.<sup>319</sup>

Desde esta posición, el profesor MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ formula un “replanteamiento” de las tesis críticas por el desmedido poder entregado al poder ejecutivo mediante la atribución de la potestad sancionadora, con el propósito de rebajar algunos delitos al grado de infracciones administrativas.<sup>320</sup>

Pero, antes de dejar en manos del legislador la decisión de tipificar las conductas antijurídicas en una u otra rama del *ius puniendi* estatal por exclusivas razones de política-criminal, es necesario salvar un último obstáculo, porque, tras el reconocimiento constitucional del ámbito administrativo sancionador, la doctrina formula la siguiente pregunta: ¿qué principios limitan el ejercicio de dicha potestad y qué garantías amparan a los ciudadanos?

---

<sup>319</sup> Esta postura coincide con la defendida por NIETO GARCÍA en torno a la naturaleza estrictamente normativa de ambos tipos de ilícitos (*vid.* primer epígrafe de este capítulo), ya que será el legislador el que opte por una u otra norma -penal o administrativa- en el momento de tipificar una conducta antijurídica. Entonces, para lograr un mayor acierto en esta tarea, será necesario tener en consideración la teoría de los bienes jurídicos durante todo el proceso de tipificación de las conductas, ya como delitos, ya como infracciones administrativas. De esta manera, tal y como indica MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “no existirán soluciones unívocas, sino que, en el supuesto concreto de que se trate, habrá que sopesar cuidadosamente las ventajas e inconvenientes que se derivan de su adscripción a uno u otro sector del Ordenamiento jurídico.” MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “La inflación del Derecho Penal y...”, *cit.*, p. 206.

<sup>320</sup> “En conclusión, cabe inferir que, a la vista de la incidencia de la Constitución y consiguientemente de la doctrina del Tribunal Constitucional, sí debe llevarse a cabo un replanteamiento de la institución de las sanciones administrativas y, por tanto, tender hacia una nueva concepción de las interrelaciones que deben mediar entre el ilícito penal y administrativo.” MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “La inflación del Derecho Penal y...”, *cit.*, p. 209.

En palabras de BAJO FERNÁNDEZ<sup>321</sup>, admitida la compatibilidad entre la atribución a la Administración pública de la potestad sancionadora con el principio de división de poderes, a raíz del artículo 25 de nuestra Constitución, “la discusión se centra en saber si ésta ofrece en su ejercicio las mismas garantías que se le ofrecen al justiciable en un proceso penal.”<sup>322</sup>

Otros autores, como BACIGALUPO<sup>323</sup> y BELTRÁN DE FELIPE<sup>324</sup>, tratan de aclarar qué principios del Derecho penal son aplicables al ámbito administrativo y cuál es su grado de vigencia en el ordenamiento administrativo.

La misma cuestión es formulada por NIETO GARCÍA, que defiende un derecho administrativo sancionador de carácter autónomo<sup>325</sup> y aboga por la tesis de

---

<sup>321</sup> Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., "La unidad del Derecho sancionador", en Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 2002, volumen IV, pp. 6683-6696.

<sup>322</sup> Todos los autores citados reconocen un mismo punto de partida: la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, desde el año 1976 (caso *Engel* y otros) y durante los años ochenta (1984, caso *Oztürk*; y 1987, caso *Lutz, Englert y Nölkenbockoff*), declaró la necesidad de respetar las garantías consagradas en los artículos 6 y 7 del CEDH que recogen, respectivamente, el derecho a un proceso equitativo y el principio de legalidad en el ámbito penal, así como su aplicación a aquellos procesos o procedimientos motivados por normas que cumplan los “criterios de *Engel*” (vid. nota pie de página núm. 105).

<sup>323</sup> BACIGALUPO expone las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador mediante el análisis de la evolución doctrinal española que, en un primer momento, centra su discusión sobre la legitimidad de la potestad sancionadora en manos de la Administración y, posteriormente, una vez ha sido superada esta fase por la llegada de la Constitución, dirige sus tesis hacia la traslación de los principios fundamentales de un ordenamiento a otro. Cfr. BACIGALUPO ZAPATERO, E., *op. cit.*, p. 17.

<sup>324</sup> Vid. BELTRÁN DE FELIPE, M., *op. cit.* (I), pp. 76 y ss.

<sup>325</sup> NIETO GARCÍA toma la evolución histórica del Derecho administrativo sancionador alemán, formulada por MATTES (Derecho penal de policía, Estado absoluto; Derecho penal administrativo, Estado liberal; y Derecho de contravenciones de orden, desde la ley alemana de contravenciones, en 1968, hasta la actualidad) y la adapta al ordenamiento español con el reconocimiento de las siguientes categorías: Derecho represivo de policía, hasta la mitad del siglo XX; Derecho penal administrativo, configurado por GOLDSCHMIDT y caracterizado por el

aplicabilidad directa de los principios del Derecho penal<sup>326</sup> sobre la base de tres razones:

1.- “Cronológica”: el Derecho penal ha consolidado sus principios fundamentales, no así el Derecho administrativo sancionador.

2.- “Constitucional”: se trata de principios “progresistas”, porque operan como garantía de los ciudadanos y son conformes con el “espíritu democrático” de nuestra Constitución y el Estado de Derecho.

3.- “Dogmática”: los principios emanan del *ius puniendi* que, como “supraconcepto”, acoge a ambos ordenamientos como manifestaciones del Derecho punitivo del Estado.<sup>327</sup>

---

traslado de las infracciones administrativas al ámbito penal; y Derecho administrativo sancionador, creado a través de la jurisdicción contencioso-administrativa y perfeccionado por el orden penal, como “fórmula de compromiso” entre los ordenamientos penal y administrativo. Al mismo tiempo, cita las siguientes sentencias que avalan la tesis de un Derecho administrativo sancionador “sustantivo”, separado del Derecho penal: STS de 25 de marzo de 1972; STS de 13 de mayo de 1988; y STS de 14 de diciembre de 1988. *Cfr.* NIETO GARCÍA, A., *op. cit.*, pp. 173-180

<sup>326</sup> De la misma forma, este autor defiende la aplicación de los principios del Derecho administrativo sancionador al Derecho penal, por lo que ambos ordenamientos autónomos operarían a modo de “vasos comunicantes”. “A mi modo de ver, la transposición normativa habría de discurrir en las dos direcciones, como en un mecanismo de vasos comunicantes. Y creo que esta tesis es teórica y constitucionalmente defendible, si bien no se haya aplicado nunca en la práctica por una razón muy sencilla: hasta ahora, en el ordenamiento jurídico español, el Derecho Administrativo Sancionador carecía de principios que pudiesen transpolarse al Derecho Penal.” NIETO GARCÍA, A., *op. cit.*, pp. 167-168.

<sup>327</sup> NIETO GARCÍA, A., *op. cit.*, pp. 168-169.



Coherentemente con su tesis para la configuración de un Derecho administrativo sancionador con sustantividad propia y dotado de autonomía frente al Derecho penal, propone un sistema de fuentes para este ordenamiento bajo los siguientes criterios de prelación: 1º) rigen los principios punitivos recogidos en la Constitución, previamente matizados y adaptados al ilícito administrativo;<sup>328</sup> 2º) son de aplicación las disposiciones expresas del Derecho administrativo sancionador, ya sean de carácter general, sectorial o concreto; 3º) por último, las posibles lagunas y silencios de las normas expresas se suplirán, en primer lugar, con las reglas del Derecho administrativo y, en último término, con los principios del Derecho penal adaptados a las circunstancias de cada ilícito.<sup>329</sup>

A la luz del nuevo orden jurídico abierto por la carta magna, el Tribunal Constitucional confirmó la aplicabilidad de los límites específicos del Derecho penal al ejercicio de la potestad sancionadora de las administraciones públicas.<sup>330</sup>

---

<sup>328</sup> Para el profesor NIETO estos principios constituyen “el núcleo mínimo e imprescindible” del Derecho administrativo sancionador. *Op. cit.*, p. 180.

<sup>329</sup> *Ibidem*. El autor describe un Derecho administrativo sancionador motivado por el intenso intervencionismo administrativo y basado en la primacía del riesgo sobre el daño porque “no se trata de evitar la lesión sino más bien de prevenir la posibilidad de que se produzca.” Así, pone como ejemplo la infracción de circular con semáforo en rojo “aunque no se produzca accidente alguno”. NIETO GARCÍA, A., *op. cit.*, p. 182.

<sup>330</sup> Sobre los límites constitucionales del *ius puniendi* en el ordenamiento penal y el papel ejercido por Tribunal Constitucional en su delimitación *vid.* VIVES ANTÓN, T.S., Fundamentos..., *cit.*, capítulo XVI, pp. 691-722. El autor describe la necesaria integración del *ius puniendi* en el orden constitucional, donde encuentra su fundamento y cuyos derechos constitucionales operan como “únicos *dogmas*” de referencia para la dogmática penal, es decir, al margen de consideraciones sobre la concreta política criminal. *Cfr.* Fundamentos del sistema..., *cit.*, nota núm. 8, pp. 692 y 693.

Se trata de las sentencias 2/1981, de 30 de enero, y 18/1981, de 8 de junio que reconocen la vigencia de los principios recogidos en el artículo 25 de la CE y las garantías procesales del artículo 24 de la CE<sup>331</sup>, en el ámbito administrativo sancionador.<sup>332</sup>

La primera de las sentencias (STC 2/1981) declara la eficacia del *non bis in idem* entre penas y sanciones administrativas, por tratarse de un principio “íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el art. 25 de la Constitución”<sup>333</sup>. La segunda (STC 18/1981) parte de la unidad sustancial del *ius puniendi* y reconoció la aplicación de los “principios inspiradores del orden penal”, aunque “con ciertos matices”.<sup>334</sup>

---

<sup>331</sup> Recordemos que la célebre STC núm. 18/1981, de 8 de junio, otorgó el amparo a los recurrentes frente a las multas de cien mil pesetas impuestas por el Gobernador Civil de Barcelona, el 14 de febrero de 1980, y declaró nulas de pleno derecho “dada la inexistencia total de un procedimiento administrativo en el que se hayan depurado los hechos de acuerdo con el principio de contradicción”, es decir, por tratarse de las denominadas *sanciones de plano*. STC 18/1981, fundamento jurídico sexto.

<sup>332</sup> Para MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, nos encontramos con dos “trascendentales sentencias” que confirman, respectivamente, la aplicación del *non bis in idem* entre ambos ordenamientos y el traslado al ámbito administrativo sancionador de “los principios inspiradores del orden penal”, tanto los de carácter material como los de naturaleza procesal. Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “La inflación del Derecho Penal...”, *cit.* p.209.

<sup>333</sup> STC núm. 2/1981, de 30 de enero, fundamento jurídico cuarto.

<sup>334</sup> Ambas sentencias son también objeto de análisis por el profesor BACIGALUPO, que añade dos sentencias más de la jurisprudencia constitucional sobre la vigencia del principio de legalidad en el Derecho administrativo sancionador: la STC núm. 25/1984, de 23 de febrero, que descarta la exigencia de una reserva de ley absoluta (ley orgánica); y la STC núm. 83/1984, de 24 de julio, que admite la colaboración reglamentaria. Cfr. BACIGALUPO, E., *op. cit.*, pp. 101-109.

“...los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (art. 25, principio de legalidad) y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (Sentencia de la Sala Cuarta de 29 de septiembre, 4 y 10 de noviembre de 1980, entre las más recientes), hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales, si bien en el primer caso con el límite que establece el propio art. 25.3, al señalar que la Administración Civil no podrá imponer penas que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad.”<sup>335</sup>

Como advierte BELTRÁN DE FELIPE, no se trata de una cuestión trivial o baladí, porque limitarse a declarar la aplicación de los principios al Derecho administrativo sancionador, con carácter general, deja en suspenso una posible utilización de reglas recogidas en el Código penal que guardan una estrecha relación con estos principios.<sup>336</sup>

Así, es necesario aclarar, en primer lugar, a qué principios penales se refiere el Tribunal Constitucional. Para resolver esta pregunta, de acuerdo con las

---

<sup>335</sup> STC núm. 18/1981, de 8 de junio, fundamento jurídico segundo. Como declara la sala primera, no se trata de aplicar con literalidad los principios del Derecho penal al ámbito administrativo sino que su alcance viene determinado “por una interpretación finalista de la norma fundamental”.

<sup>336</sup> “Porque una cosa es exigir el principio de legalidad o de tipicidad o de culpabilidad, y otra muy distinta es exigir la aplicación de las atenuantes, eximentes, agravantes, o del error de prohibición, etc.” BELTRÁN DE FELIPE, M, *op. cit.* (I), p. 77.

directrices de la doctrina española y la jurisprudencia del máximo intérprete de la carta magna<sup>337</sup>, clasifico los principios constitucionales del orden penal en dos grandes grupos: principios de carácter material, derivados de la legalidad penal (artículo 25.1CE); y principios de carácter formal, es decir, las garantías del proceso penal (artículo 24 CE).

Entre los principios del artículo 25.1 están los de legalidad, tipicidad, culpabilidad e irretroactividad de las normas penales. La STC 77/1983, de 3 de octubre, advierte de su importancia y reconoce a los ciudadanos la posibilidad de invocarlos como derechos subjetivos frente al poder punitivo del Estado.<sup>338</sup>

“Debe, pues, subrayarse que existen unos límites de la potestad sancionadora de la Administración, que de manera directa se encuentran contemplados en el artículo 25 de la Constitución y que dimanen del principio de legalidad de las infracciones y de las sanciones. Estos límites, contemplados desde el punto de vista de los ciudadanos, se transforman en derechos subjetivos de ellos y consisten en no sufrir sanciones sino en los casos legalmente prevenidos y de autoridades que legalmente puedan imponerlas.”<sup>339</sup>

---

<sup>337</sup>Vid. BELTRÁN DE FELIPE, M., *op. cit.* (I), pp. 82 y ss.

<sup>338</sup> La sentencia reitera la unidad del sistema punitivo español, confirma el ejercicio del *ius puniendi* por las administraciones públicas e insiste en la necesidad de limitar esta potestad mediante la aplicación de los principios generales propios del ordenamiento penal. Para ello toma como base el artículo 25 de la CE, que reconoce potestad sancionadora a las administraciones públicas y su sometimiento al principio de legalidad y extiende esta protección a las garantías procesales del artículo 24 de la CE.

<sup>339</sup> STC núm. 77/1983, de 3 de octubre, fundamento jurídico segundo.

Por otra parte están las garantías del proceso penal, recogidas en el artículo 24.2 de la CE, reconocidas también por la STC 18/1981<sup>340</sup>: “Las consideraciones expuestas en relación al ordenamiento punitivo, y la interpretación finalista de la Norma Fundamental, nos lleva a la idea de que los principios esenciales reflejados en el art. 24 de la Constitución en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la Constitución.”<sup>341</sup>

Estas garantías se reconocen expresamente por el artículo 6 del CEDH<sup>342</sup>, que en su apartado 2º reconoce el derecho a la presunción de inocencia de “toda persona acusada de una infracción” y en su apartado 3 dispone lo siguiente:

“Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

- a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;

---

<sup>340</sup> STC núm. 18/1981, de 8 de junio, fundamento jurídico segundo.

<sup>341</sup> Fue la interpretación finalista y no procesal del Tribunal Constitucional el argumento decisivo para la aplicación de las garantías del proceso penal al procedimiento administrativo sancionador. *Cfr.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La incidencia de la Constitución...”, *cit.*, epígrafe III.

<sup>342</sup> El Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Convención Europea de Derechos Humanos), aprobado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 (Roma) y en vigor desde en el año 1953, fue firmado por España el 24 de noviembre de 1977 y ratificado el 26 de septiembre de 1979 (BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979).

- b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;
- c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan;
- d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la convocación e interrogación de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;
- e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.”<sup>343</sup>

---

<sup>343</sup> El Tribunal Supremo manifestó al respecto que “el Tribunal Constitucional, ha declarado aplicable el artículo 24 CE que, entre otros extremos, garantiza el derecho de defensa –interdicción de la indefensión–, en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, por cuanto la misma debe ejercerse de acuerdo con las garantías establecidas en los artículos 6 y 7 del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales (preceptos en gran medida recogidos en el artículo 24.2 CE) y consiguiente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que hay que entender se sobreponen a cualquier regulación legal o doctrina jurisprudencial de cualesquiera Tribunales españoles.” (STS, de 15 de junio de 2011, sala 3ª, fundamento jurídico cuarto). Sobre la interpretación de los “criterios de *Engel*” y la extensión del derecho a un “proceso equitativo” reconocido por el artículo 6 del CEDH, *vid.* las siguientes SSTEDH: caso *Deweert* contra Bélgica, de 27 de febrero de 1980; caso *Albert y le Compt* contra Bélgica, de 10 de febrero de 1983; caso *Ozturk* contra Alemania, de 21 de febrero de 1984; caso *Campbell y Fell* contra el Reino Unido, de 28 de junio de 1984; caso *Lauko* contra Eslovaquia, de 2 de septiembre de 1998; caso *Ezeh* contra Reino Unido, de 15 de julio de 2002; caso de *Ziliberg* contra Moldavia, de 21 de febrero de 2005; caso *Jussila* contra Finlandia, de 23 de noviembre de 2006; caso *Zolotoukhine* contra Rusia, de 10 de febrero de 2009; y caso *Hartburg* contra Austria, de 19 de febrero de 2013.



La sentencia núm. 7/1998, de 13 de enero, expone “una inveterada doctrina jurisprudencial” concerniente al traslado de estas garantías al procedimiento sancionador, “en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza”, y relaciona una serie de derechos tomados del proceso penal:<sup>344</sup>

“Así, partiendo del inicial reproche a la imposición de sanciones «sin observar procedimiento alguno» (STC 18/1981, fundamento jurídico 3º), se ha ido elaborando progresivamente una doctrina que asume la vigencia en el seno del procedimiento administrativo sancionador de un amplio abanico de garantías derivadas del art. 24 C.E. Sin ánimo de exhaustividad, podemos citar el derecho a la defensa, que proscribe cualquier indefensión (SSTC 4/1982, 125/1983, 181/1990, 93/1992, 229/1993, 293/1993, 95/1995, 143/1995); el derecho a la asistencia letrada, trasladable con ciertas condiciones (SSTC 2/1987, 128/1996, 169/1996); el derecho a ser informado de la acusación (SSTC 31/1986, 29/1989, 145/1993, 297/1993, 195/1995, 120/1996), con la ineludible consecuencia de la inalterabilidad de los hechos imputados (SSTC 98/1989, 145/1993, 160/1994); el derecho a la presunción de inocencia (SSTC 120/1994, 154/1994, 23/1995, 97/1995, 14/1997, 45/1997), que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración (STC 197/1995, 45/1997), con la prohibición absoluta de utilización de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales (STC 127/1996); el derecho a

---

<sup>344</sup>STC núm. 18/1981, de 8 de junio, fundamento jurídico quinto.

no declarar contra sí mismo (STC 197/1995, 45/1997); o el derecho a la utilización de los medios de pruebas adecuados a la defensa (SSTC 74/1985, 2/1987, 123/1995, 212/1995, 297/1995, 97/1995, 120/1996, 127/1996 83/1997), del que se deriva que vulnera el art. 24.2 CE la denegación inmotivada de medios de prueba (STC 39/1997).<sup>345</sup>

En definitiva, como declara la Sentencia 3/1999, de 26 de enero, las garantías constitucionales del proceso penal son aplicables al procedimiento sancionador porque "...también éste es manifestación del ordenamiento punitivo del Estado (SSTC 18/1981, 29/1989, 58/1989, 22/1990, 120/1994, entre otras)"<sup>346</sup>. No obstante, del mismo modo que ocurre con los principios de carácter material, el traspaso de estos límites procesales o formales debe efectuarse con las debidas cautelas.<sup>347</sup> "...el Tribunal se ha referido también a la cautela con la que conviene operar cuando se trata de trasladar al ámbito administrativo sancionador dichas garantías del art. 24.2 C.E. en materia de procedimiento y con relación directa al proceso penal, dadas las diferencias existentes entre uno y otro procedimiento, de tal manera que la aplicación de las mismas a tal

---

<sup>345</sup> La sentencia destaca la relevancia constitucional del deber de motivar las resoluciones administrativas sancionadoras, de tal forma que su omisión sería susceptible de amparo constitucional porque se trata de "...un derecho instrumental a través del cual se consigue la plena realización de las restantes garantías constitucionales que, como hemos visto, resultan aplicables al procedimiento administrativo sancionador". Así, bajo esta interpretación, la falta de motivación de una resolución sancionadora podría vulnerar, entre otras garantías, el derecho de defensa y la presunción de inocencia del ciudadano sancionado (STC núm. 7/1998, de 13 de enero, fundamento jurídico sexto). Más recientemente, la STC núm. 70/2008, de 23 de junio, en su fundamento jurídico cuarto, condensa una doctrina que "asume la vigencia en el seno del procedimiento sancionador de un amplio abanico de garantías del artículo 24.2".

<sup>346</sup> STC 3/1999, de 26 de enero, fundamento jurídico cuarto.

<sup>347</sup> *Ibidem*.

actividad sancionadora de la Administración únicamente tendría lugar en la medida necesaria para preservar los valores que se encuentran en la base del precepto constitucional y que resulten compatibles con la naturaleza del procedimiento administrativo sancionador (SSTC 18/1981, 29/1989, 212/1990, 246/1991, 145/1993, 120/1994, 197/1995, 120/1996, 7/1998, 56/1998).<sup>348</sup>

De modo que, si bien la interpretación finalista del Tribunal Constitucional “lleva al precepto mucho más lejos de lo que se desprende de su tenor literal”, la traslación de estas garantías formales al procedimiento demanda mayor medida en relación con los principios de carácter material, debido, en gran parte, a las evidentes diferencias entre los poderes ejecutivo y judicial.<sup>349</sup>

Por consiguiente, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, apreciamos un doble vínculo, material y formal, entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, a través de los principios del orden penal. Un vínculo material, que comprende aquellos límites derivados del principio de legalidad proclamado en el artículo 25.1 de la Constitución, y un vínculo formal,

---

<sup>348</sup> Para BACIGALUPO la aplicación de las garantías del artículo 24.2 CE al procedimiento administrativo, además de “preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto”, contribuyen a una mayor efectividad del principio de seguridad jurídica proclamado por el artículo 9 de la CE. *Cfr.* BACIGALUPO, E., *op. cit.*, p.103.

<sup>349</sup> Sobre la aplicación de las garantías procesales al Derecho administrativo sancionador *vid.* ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales”, Aranzadi, Pamplona, 2007. Como indica la autora, la Administración “no es ni puede asimilarse al Poder Judicial”, ni por su posición, ni por su estructura, ni por su finalidad. No obstante, estas diferencias no pueden impedir el traslado de ciertos límites al procedimiento sancionador para conseguir un nivel de garantía formal coherente con el artículo 24.2 de la Constitución. Por otra parte, la posición de juez y parte por la Administración en el procedimiento impide la aplicación y vigencia del principio acusatorio, “raíz de varias de las garantías del artículo 24.2 de la CE”. *Cfr. op. cit.*, p. 39.

que abarca las garantías reconocidas por el artículo 24.2 a todos los ciudadanos en el curso de un proceso penal.

Pero no basta con describir qué principios y garantías penales limitan el ejercicio de la potestad sancionadora, porque su naturaleza administrativa impide un traslado en términos absolutos<sup>350</sup> y su relación con el ámbito material de la competencia que ejerce la Administración pública compromete su objeto al servicio de las funciones administrativas y no de la justicia<sup>351</sup>. De ahí que la jurisprudencia constitucional advierta la necesidad de llevar a cabo una previa matización o adaptación en todas las sentencias que versan sobre la traslación de estos principios y garantías.<sup>352</sup>

---

<sup>350</sup> En el ámbito de la jurisdicción ordinaria y no constitucional, el profesor BAJO FERNÁNDEZ menciona la sentencia de 18 de febrero de 1981, que dictó la sala cuarta del Tribunal Supremo y que advertía del necesario respeto por parte del Derecho administrativo sancionador de los “principios valorativos e interpretativos del Derecho Penal” y citaba expresamente como fundamentales los de legalidad, tipicidad, antijuridicidad e imputabilidad dolosa o culpable, con exclusión de toda posible interpretación extensiva, analógica o inductiva. Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M., *op. cit.*, pp. 10 y 11. Otras sentencias citadas por el autor confirman esta doctrina del Tribunal Supremo (SSTS de 19 de junio y 16 de diciembre de 1986, de 20 de enero de 1987 y de 13 de junio de 1990), que considera la potestad sancionadora de la Administración en un ámbito “intrínsecamente penal”.

<sup>351</sup> GARCÍA ALBERO rechaza su traslación al ámbito sancionador “*in totum*” y rebate el más que posible nexo causal entre la aplicación de estos principios y las teorías cuantitativas, dado que “...el reconocimiento del fenómeno sancionador como unitario, así como la restricción de derechos que acompaña cualquier medida sancionadora, exige de tales limitaciones.” GARCÍA ALBERO, R.M., *op. cit.*, p. 377. BELTRÁN DE FELIPE analiza la jurisprudencia constitucional de los años 80-90 y distingue entre el término “matices”, relativo a la aplicación de los principios del Derecho penal en el Derecho administrativo sancionador, y “cautelas”, referido a la vigencia de las garantías del proceso penal en el procedimiento sancionador. Vid. BELTRÁN DE FELIPE, M., *op. cit.* (I), pp. 78-81. No faltan autores que advierten de los peligros de la doctrina constitucional sobre esta “traslación con matices”, ya que podría “convertirse en una *patente de corso* en manos del legislativo para flexibilizar garantías y derechos en el ámbito administrativo”. RANDO CASERMEIRO, P., La distinción entre..., *cit.*, p. 27.

<sup>352</sup> El libro de GARBERI LLOBREGAT, J. y BUITRÓN RAMÍREZ, G., El procedimiento administrativo sancionador (Comentarios, jurisprudencia, formularios y legislación), volumen I, 5ª edición, lo blanch, Valencia, 2008, contiene una abundante recopilación de jurisprudencia en

El profesor NAVARRO CARDOSO denomina a estos límites “principios ordenadores del ejercicio de la potestad de sancionar” e indica que no se trata de una simple transposición entre principios de un ordenamiento a otro, sino de una verdadera “adaptación” de los principios penales al Derecho administrativo sancionador, de ahí que se refiera a una “síntesis de conjunción de todos los principios” que operan como “garantías mínimas” para la protección de los derechos fundamentales<sup>353</sup> y los justifica “...en tanto los principios son objetivos concretos que se trazan encaminados a lograr la síntesis adecuada entre los dos fines del sistema jurídico sancionador, el de prevención y el de garantía”.<sup>354</sup>

Cuando este autor utiliza el término “garantías mínimas”, lo hace en el sentido de graduar la aplicación de los límites del Derecho penal al ámbito sancionador de forma proporcional, es decir, en coherencia con la defensa de las tesis cuantitativas de delimitación entre las dos ramas o manifestaciones del *ius*

---

torno a la aplicación de los principios y garantías penales al Derecho administrativo sancionador (*vid.* pp. 29 y ss.) Los autores citan, entre otras, las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo: SSTC núm. 2/1981, de 30 de enero; núm. 18/1981, de 8 de junio; núm. 77/1983, de 3 de octubre; núm. 29/1989, de 6 de febrero; núm. 89/1995, de 6 de junio; núm. 34/1996, de 11 de marzo; y núm. 14/1999, de 22 de febrero. SSTs de 30 de mayo de 1981 (sala 4ª); de 10 de febrero de 1986 (sala 3ª); de 16 de diciembre de 1986 (sala 3ª); de 14 de junio de 1989 (sala 3ª); de 26 de febrero de 1990 (sala 3ª); de 13 de junio de 1990 (sala 3ª); de 8 de marzo de 1994 (sala 3ª); de 1 de febrero de 1995 (sala 3ª); de 15 de enero 1996 (sala 3ª); y de 7 de marzo de 1996, (sala 3ª). Jurisprudencia más reciente sobre este mismo tema, *vid.* SSTC núm. 23/2007, de 12 de febrero; núm. 226/2007, de 22 de octubre; núm. 243/2007, de 10 de diciembre; núm. 72/2008, de 23 de junio; núm. 32/2009, de 9 de febrero; núm. 81/2009, de 23 de marzo; núm. 21/2010, de 27 de abril; núm. 135/2010, de 2 de diciembre; núm. 90/2012, de 7 de mayo; núm. 166/2012, de 1 de octubre; y núm. 13/2013, de 28 de enero. SSTs de 28 de septiembre de 2010 (sala 3ª); y de 15 de junio de 2011 (sala 3ª).

<sup>353</sup> *Cfr.* NAVARRO CARDOSO, F., *op. cit.*, pp. 28-30 y 79.

<sup>354</sup> NAVARRO CARDOSO, F., *op. cit.*, p. 29.

*puniendi*<sup>355</sup>: “Y obsérvese que hablo de *garantías mínimas*, pues resulta obvio que si por la comisión de un delito se pueden imponer penas más graves, el procedimiento penal esté revestido de mayores garantías. (...) Lo que debe hacerse es, vuelvo a insistir, dotar al procedimiento administrativo de las garantías precisas.”<sup>356</sup>

De las anteriores interpretaciones, efectuadas por la doctrina y la jurisprudencia constitucional, propongo tres conclusiones: la primera, el concepto de bien jurídico no es una categoría exclusiva del Derecho penal; la segunda, el legislador puede proteger un bien jurídico de forma penal o administrativa; y la tercera, la aplicación de los principios penales y garantías procesales en el Derecho administrativo sancionador debe efectuarse de forma “matizada” o atenuada, dadas las diferencias cuantitativas entre ambos ordenamientos.

Llegados a este punto y en relación directa con la última de las afirmaciones anteriores, planteo dos nuevos interrogantes:

1- ¿Que ámbito de aplicación tienen estos principios dentro de la actuación administrativa? Es decir, la aplicación de estos principios, ¿se ciñe al ámbito sancionador o puede extenderse a otras potestades administrativas cuyo ejercicio pueda producir efectos desfavorables a los ciudadanos? Valgan, a

---

<sup>355</sup> Cfr. NAVARRO CARDOSO, F., *op. cit.*, p. 79

<sup>356</sup> NAVARRO CARDOSO atribuye a esta ausencia de principios o garantías en el Derecho administrativo sancionador “la hipertrofia sancionadora de la Administración”. *Op. cit.* pp. 79 y 80.



título de ejemplo, la potestad tributaria, la expropiatoria, la ejecutoria o la disciplinaria.

2- ¿Cuál es el grado de aplicación de estos principios en el Derecho administrativo sancionador? En definitiva, ¿hasta dónde llega la referida atenuación en cada uno de ellos?

Como no podía ser de otro modo en un Estado democrático de Derecho, dado el reparto de atribuciones efectuado por la norma fundamental, será el Tribunal Constitucional el encargado de resolver ambas cuestiones.<sup>357</sup>

Así, en primer lugar, sobre la posible aplicación de estos principios y garantías a otras potestades públicas administrativas, traigo a colación algunas sentencias del Tribunal Constitucional bastante aclaratorias al respecto:

- Sentencia núm. 73/1982, de 2 de diciembre; la sala segunda descarta la aplicación del principio de tipificación en los ilícitos de naturaleza civil, ya que “las infracciones de los deberes derivados de la relación jurídica conyugal, que

---

<sup>357</sup> El artículo 1 de la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, dispone: “1. El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica. 2. Es único en su orden y extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional.”

Asimismo, en consonancia con esta disposición, la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial, en su artículo 5.1, establece: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.”

el legislador toma en cuenta para justificar la demanda de separación, no necesitan una estricta y completa tipificación”, por lo que sólo son *infracciones* en sentido estricto las contravenciones de una norma de Derecho público y sólo en este caso serán de aplicación los límites del orden penal en concepto de garantías mínimas.<sup>358</sup>

- Sentencia núm. 132/2001, de 8 de junio; la sala segunda hace hincapié en la función retributiva o de castigo que caracteriza a la sanción administrativa frente a otras resoluciones restrictivas de derechos individuales, dictadas mediante el ejercicio de potestades de naturaleza diferente a la sancionadora, como la expropiatoria, tributaria o las medidas de ejecución forzosa derivadas de algunos actos administrativos, donde se aprecian fines de otra naturaleza.<sup>359</sup>

- Sentencia núm. 239/1988, de 14 de diciembre; el Tribunal Constitucional declaró expresamente la interdicción de la aplicación analógica o extensiva de los principios del orden penal a ámbitos distintos del administrativo sancionador: “Los postulados del art. 25 CE no pueden aplicarse a ámbitos que no sean los específicos del ilícito penal o administrativo, siendo improcedente su aplicación extensiva o analógica, como resulta de las SSTC 73/1982, 69/1983 y 96/1988, a supuestos distintos o a actos por su mera condición de ser restrictivos de derechos, si no representan el efectivo ejercicio del «ius

---

<sup>358</sup> Vid. STC 73/1982, de 2 de diciembre, fundamento jurídico tercero.

<sup>359</sup> Vid. STC núm.132/2001, de 8 de junio, fundamento jurídico tercero. Sobre la atenuación de la reserva de ley en materia tributaria vid. también SSTC núm. 63/2003, de 27 de marzo, y núm. 102/2005, de 20 abril.

*puniendi*» del Estado o no tienen un verdadero sentido sancionador, como es el caso de las multas coercitivas previstas como medio de ejecución forzosa de los actos administrativos por los artículos 104 c) y 107 de la Ley de Procedimiento Administrativo”.<sup>360</sup>

Entre la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que, si bien carece de competencia en materia de interpretación constitucional, tiene atribuida una función integradora de nuestro ordenamiento jurídico<sup>361</sup> de conformidad con el artículo 1 del Código civil<sup>362</sup>, destaca la sentencia de 22 de noviembre de 2004, que distingue entre la actividad sancionadora de la Administración y la reparadora o indemnizatoria en atención a su diferente naturaleza:

“El acuerdo del Consejo de Ministros impugnado en este proceso pone fin a lo que denomina expediente sancionador pero incluye decisiones de diferente naturaleza. (...) Aunque la actividad administrativa reparadora y la sancionadora tienen distinta naturaleza, su ejercicio en ambos casos se ha de dirigir contra persona a quien pueda imputársele el resultado dañoso al menos a título de culpa.

---

<sup>360</sup> *Vid.* STC 239/1988, de 14 de diciembre, fundamento jurídico segundo. Actualmente la multa coercitiva se recoge en los artículos 96.1, letra c) y 99 de la LRJPAC como uno de los medios de ejecución forzosa en poder de la Administración. En este mismo sentido *vid.* SSTC, 182/1990, de 15 de noviembre; 48/2003, de 12 de marzo; y 164/2005, de 13 de noviembre.

<sup>361</sup> “La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.” Artículo 1.6 del CC.

<sup>362</sup> Artículo 1, apartado sexto, del Código Civil español, aprobado mediante Real Decreto de 24 de julio de 1889 y vigente desde el 1 de mayo de 1889.

La sanción administrativa, porque esta Sala ha declarado constantemente, a partir de la sentencia de 5 de febrero de 1988, que la potestad sancionadora de la Administración, en tanto que manifestación del «ius puniendi» del Estado se rige, con las modulaciones necesarias, por los principios del Derecho penal, siendo principio estructural básico el de la culpabilidad, incompatible con un régimen de responsabilidad objetiva. (...) La acción reparadora o indemnizatoria, porque el artículo 110.1<sup>363</sup> la refiere indudablemente a «los infractores». Así como el principio expresado en la fórmula «quien contamina paga» tiene una proyección objetiva que se manifiesta en la necesidad de que quien desarrolle una actividad que inevitablemente ocasione un efecto contaminante se haga cargo, como contrapartida de los beneficios que obtiene por su ejercicio, de la reparación de los perjuicios derivados de la contaminación producida”.<sup>364</sup>

Pero, ¿qué ocurre en aquellos supuestos originados en el seno de *relaciones de especial sujeción* entre la Administración y determinados ciudadanos, en los

---

<sup>363</sup> La sentencia se refiere al artículo 110 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, que fue derogado por la disposición derogatoria única del Real decreto legislativo núm. 1/2001, de 20 de julio, (Texto Refundido de la Ley de Aguas) y que disponía lo siguiente: “1. Con independencia de las sanciones que les sean impuestas, los infractores podrán ser obligados a reparar los daños y perjuicios ocasionados al dominio público hidráulico, así como a reponer las cosas a su estado anterior. El órgano sancionador fijará ejecutoriamente las indemnizaciones que procedan. 2. Tanto el importe de las sanciones como el de las responsabilidades a que hubiera lugar, podrán ser exigidos por la vía administrativa de apremio.”

<sup>364</sup> STS de 22 de noviembre de 2004, sala 3ª, fundamento jurídico quinto.

que aquélla ejerce su potestad disciplinaria sobre éstos<sup>365</sup>?, ¿son también aplicables los principios y garantías del orden penal?<sup>366</sup>

El profesor SANTAMARÍA PASTOR, distingue los tres “supuestos más característicos de este tipo de subsistemas”:<sup>367</sup>

1.- Los empleados públicos (civiles y militares), en su calidad de “servidores públicos”.<sup>368</sup>

2.- Aquellos ciudadanos “integrados de forma transitoria en una organización administrativa”, como los servicios sanitarios, los establecimientos penitenciarios y otros centros públicos.<sup>369</sup>

3.- Aquellos profesionales que prestan sus servicios previa colegiación obligatoria, en lo que respecta a sus relaciones con el colegio profesional.<sup>370</sup>

---

<sup>365</sup> Con independencia de que las sanciones disciplinarias participen de la misma naturaleza de las sanciones administrativas, considero cierta singularidad de la potestad disciplinaria en cuanto afecte a relaciones integradas en el ámbito interno de la Administración, lo que motiva la especialidad de sus fines, en atención al seno de la propia relación en la que se ejerce.

<sup>366</sup> *Vid.* REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. y BUENO ARMIJO, A.M., *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 150-157.

<sup>367</sup> *Cfr.* SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios...., cit.*, tomo II, p. 383.

<sup>368</sup> *Ibidem.*

<sup>369</sup> *Ibidem.*

<sup>370</sup> *Ibidem.*

Aunque la jurisprudencia del Tribunal Constitucional confirmó la naturaleza sancionadora del castigo disciplinario<sup>371</sup>, la doctrina advirtió un “debilitamiento” de los límites del poder punitivo estatal, especialmente en tres principios que resultan básicos para la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos: la legalidad, la tipicidad y la garantía de un procedimiento formal.<sup>372</sup>

Los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ consideran que la singularidad de las sanciones disciplinarias<sup>373</sup> reside en dos notas:

Por un lado la consideración de la Administración como sujeto con potestades para ordenar su ámbito interno, su organización y funcionamiento (potestad de autoorganización).

---

<sup>371</sup> Vid. STC 61/1991, de 29 de marzo, fundamento jurídico sexto, sobre la revocación de la licencia a un detective privado mediante resolución de la Dirección General de la Policía (Ministerio del Interior): “Hay que admitir, pues, en el caso, la naturaleza sancionatoria de la medida, sin que la distinción entre relaciones de sujeción general y especial, ya en sí misma imprecisa, pueda desvirtuar aquella naturaleza del acto administrativo y sin que, por lo demás, y esto es más importante, pueda dejar de considerarse al respecto la posibilidad de que dicho acto incida en los derechos del administrado”.

<sup>372</sup> *Ibidem*. “Esta proclividad al debilitamiento de los principios básicos del sistema sancionador (...), no se debe tanto a causas intrínsecas, como a otras meramente instrumentales. (...) Pero todo ello no legitima, evidentemente, una relativización general e inespecífica de todas las garantías, que autorice a prescindir de las mismas al libre criterio de la Administración”. SANTAMARÍA PASTOR, J.A., Principios..., *cit.*, p. 384.

<sup>373</sup> En 1976 el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA publicó un trabajo sobre las sanciones administrativas y definió a las sanciones disciplinarias como “aquellas que se imponen a las personas que están en una relación de sujeción especial con la Administración por infracciones cometidas a la disciplina interna por la que se rige dicha relación”. De esta forma califica a la potestad disciplinaria como una “potestad de supremacía especial” y clasifica a las sanciones disciplinarias como una manifestación de la “potestad sancionadora de autoprotección”, junto a las sanciones de policía demanial, las rescisorias de actos administrativos favorables y las tributarias. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “El problema jurídico...”, *cit.* pp. 399-401.



- Por otro, la falta de criterios estrictamente jurídicos a la hora de determinar los ilícitos disciplinarios, que responden bien a valores deontológicos, bien a condiciones de carácter contractual.<sup>374</sup>

Sin embargo, aunque la tradición del Derecho público le permitió a la potestad disciplinaria huir de la aplicación de estos límites o garantías, con omisión de principios tan relevantes como el de legalidad o el de tipicidad, "...la evolución general en todos los Derechos ha conducido o está conduciendo a una integración general de estos poderes disciplinarios entre los poderes sancionatorios generales."<sup>375</sup>

De la misma manera, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre las garantías de los ciudadanos frente a la potestad disciplinaria de la Administración ha venido evolucionado desde posiciones más flexibles, caracterizadas por una "cierta relajación del principio de reserva de ley"<sup>376</sup>, hacia posturas más comprometidas con los principios de legalidad y tipicidad.<sup>377</sup>

---

<sup>374</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *op. cit.*, p. 170

<sup>375</sup> *Ibidem*; los autores invocan de nuevo a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que declara la necesidad de aplicar estas garantías mínimas durante el ejercicio de potestades disciplinarias (*vid.* STEDH de 8 de junio de 1976, caso *Engel* y otros, en el ámbito militar y STEDH de 28 de junio de 1984, caso *Campbell y Fell* en el ámbito penitenciario).

<sup>376</sup> REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. y BUENO ARMIJO, A.M., *op. cit.*, p. 150.

<sup>377</sup> Sobre las relaciones especiales de sujeción como "categoría jurídica" y la evolución de la doctrina y jurisprudencia en los últimos años *vid.* PRIETO ÁLVAREZ, T., "La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción", RAP, núm. 178, CEPC, enero/abril 2009, pp. 215-247.

En un primer momento, la doctrina constitucional sobre la potestad disciplinaria se apoyó en las relaciones de sujeción especial derivadas de la potestad autoorganizativa<sup>378</sup> de las administraciones públicas<sup>379</sup> y aunque declaró la necesidad de una habilitación legal previa, dada la indiscutible vigencia del artículo 25.1 de la CE, reconoció un alcance menor del principio de legalidad en relación con la potestad sancionadora:<sup>380</sup>

“En virtud de esa sujeción especial, y en virtud de la efectividad que entraña ese sometimiento singular al poder público, el *ius puniendi* no es

---

<sup>378</sup> Así, RANDO CASERMEIRO señala como uno de los fundamentos de cualquier régimen sancionador disciplinario “la finalidad de *mantenimiento del orden o la disciplina internos*”, razón por la cual la potestad disciplinaria va dirigida a un “grupo concreto de personas sometidas a dicho régimen y no a la colectividad en general”. RANDO CASERMEIRO, P., *La distinción...*, cit., p. 81. No obstante, este autor propugna, junto con una amplia mayoría doctrinal a la que cita expresamente, la desaparición de la distinción entre relaciones generales y especiales de sujeción, para terminar con “la restricción de derechos fundamentales a que conduce este tipo de relaciones disciplinarias”. *La distinción...*, cit., pp. 84-84.

<sup>379</sup> Si la especial naturaleza de estas relaciones se sustenta en la potestad autoorganizativa de las administraciones públicas, ¿cómo se explica que se incluyan en tal categoría relaciones que trascienden de su ámbito interno? Me refiero a los detectives privados, los integrantes de las denominaciones de origen, los colegiados profesionales, los taxistas, etc. De acuerdo con esta interpretación extensiva de la jurisprudencia, la relación entre la Administración autonómica y los titulares de los campamentos de turismo, sometida a una licencia administrativa de tracto sucesivo, ¿podría incluirse entre las de especial sujeción? Contrario a este “desatino”, el profesor PRIETO ÁLVAREZ analiza la confusa jurisprudencia constitucional según la cual el ejercicio de la potestad disciplinaria es una “manifestación de la *capacidad propia de autoordenación*” por lo que “cabría deducir que la categoría que nos ocupa debería circunscribirse a relaciones habidas *en ese ámbito interno* de la Administración, y no extenderse a relaciones establecidas con ella *desde fuera*, por intensas que éstas sean.” PRIETO ÁLVAREZ descarta la inclusión de cualquier relación sometida a autorización o licencia previa y como interpretación alternativa propone el “criterio de la integración”, es decir, sólo son relaciones de sujeción especial aquellas en las que se produce “una duradera y efectiva integración en la esfera administrativa” *Op. cit.*, pp. 224 y 225.

<sup>380</sup> *Vid.* STC 2/1987, de 21 de enero, fundamento jurídico segundo. Con esta argumentación y siempre que una norma de rango legal habilite con carácter previo a la Administración (Ley orgánica 1/1979, general penitenciaria, artículo 42.1), la sentencia “tolera una remisión prácticamente en blanco al reglamento.” PRIETO ÁLVAREZ, T., *op. cit.*, pp. 240 y 241.

el genérico del Estado, y en tal medida la propia reserva de Ley pierde parte de su fundamentación material, dado el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria, expresiva de la capacidad propia de autoordenación correspondiente, para determinar en concreto las previsiones legislativas abstractas sobre las conductas identificables como antijurídicas en el seno de institución. Claro está que también a estas relaciones de sujeción especial sigue siendo aplicable el art. 25.1 de la Constitución, y, obviamente, el principio de legalidad del art. 9.3 de la Constitución. Pero ello en este caso no puede tener el mismo alcance que en la potestad sancionadora general de la Administración ni mucho menos que respecto a las sanciones penales.”<sup>381</sup>

Según la exposición del Tribunal Constitucional, es el aspecto formal del principio de legalidad el que pierde trascendencia en el seno de las relaciones de sujeción especial.<sup>382</sup> Así, mientras la vertiente material conserva un rigor absoluto, su lado formal se atenúa, por lo que, si bien resulta imprescindible una previa habilitación legal de la potestad disciplinaria, no así el rango de la norma que predetermine las infracciones y sanciones disciplinarias.<sup>383</sup>

---

<sup>381</sup> *Ibidem.*

<sup>382</sup> El ámbito formal de la legalidad cede en beneficio de la colaboración reglamentaria, en tanto que aquel principio y esta técnica legislativa guardan una relación a modo de vasos comunicantes. *Cfr.* REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. y BUENO ARMIJO, A.M., *op. cit.*, pp. 151 y 152.

<sup>383</sup> *Vid.* STC 219/1989, de 21 de diciembre, fundamento jurídico segundo.

“...el derecho fundamental enunciado en el artículo 25.1 de la Constitución incorpora la regla *nullum crime nulla poena sine lege*, extendiéndola al ordenamiento sancionador administrativo, y comprende una doble garantía. La primera, de orden material y alcance absoluto, supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, (...) La segunda, de carácter formal, hace referencia al rango de las normas tipificadoras de las infracciones y reguladoras de las sanciones aplicables. Esta segunda garantía, (...), sólo tiene, sin embargo, una eficacia relativa o limitada en el ámbito de las sanciones administrativas, (...) Más aún, el alcance de dicha reserva de Ley pierde parte de su fundamentación en el seno de las relaciones de sujeción especial, aunque incluso en dicho ámbito una sanción carente de toda base legal devendría lesiva del derecho fundamental que reconoce el artículo 25.1 de la Constitución.”<sup>384</sup>

En la década de los años noventa la mayoría de los autores cita la STC 61/1990, de 29 de marzo<sup>385</sup>, como un paso más en la aproximación de ambas potestades (disciplinaria y sancionadora), dado que diferencia entre la matización de un principio y su supresión. Por consiguiente, las relaciones de

---

<sup>384</sup> *Ibidem*.

<sup>385</sup> Los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ destacan esta sentencia y la 182/1990, de 15 de noviembre, así como determinadas leyes (Ley del deporte, de 15 de diciembre de 1990, y Ley de potestades administrativas en materia de espectáculos taurinos, de 4 de abril de 1991), e indican una “virtual” pero efectiva identificación de la potestad disciplinaria y la potestad sancionadora de las administraciones públicas, con la “única singularidad” de la inaplicación del principio *non bis in idem*. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *op. cit.*, p. 171.

sujeción especial podrían justificar una adecuación o “adaptación” del principio de legalidad en función de la “intensidad de la relación”, pero nunca legitimarían su desaparición o supresión.<sup>386</sup>

Dejando al margen los supuestos referidos a la potestad disciplinaria de los colegios profesionales<sup>387</sup>, es la STC 132/2001, de 8 de junio, la que marca un antes y un después en la determinación del grado de flexibilidad o atenuación del principio de legalidad dentro de las relaciones de sujeción especial.<sup>388</sup>

Como dice el profesor PRIETO “ya no se trata, sin más, de investigar la intensidad de la relación” sino que será necesario acudir al texto constitucional antes de matizar o modular cualquier derecho fundamental de los ciudadanos, como los principios de legalidad y tipicidad.<sup>389</sup>

---

<sup>386</sup> Cfr. PRIETO ÁLVAREZ, T., *op. cit.*, p. 241.

<sup>387</sup> Vid. STC 93/1992, de 11 de junio, fundamentos jurídicos 6º, 7º y 8º. En general, la doctrina analiza la potestad disciplinaria de los colegios profesionales sobre sus colegiados en *pieza separada* y sobre la base de una delegación potestativa previa, ya que estas corporaciones de Derecho público tienen un fundamento constitucional propio, en el artículo 36 de la CE, y no desarrollan una ley sino que crean verdaderos “catálogos de infracciones y sanciones (...) *ex novo*” y con la única base normativa, ciertamente exigua, del artículo 5.i) de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de los Colegios Profesionales.” REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. y BUENO ARMIJO, A.M., *op. cit.*, pp. 156.

<sup>388</sup> “Su relevancia estriba, particularmente, en la precisión del ámbito de flexibilización de la reserva de ley sancionadora en materias en las que está presente el interés local; es decir, en determinar la posibilidad de colaboración normativa de las ordenanzas locales en materia sancionadora.” PRIETO ÁLVAREZ, T., *op. cit.*, p. 232.

<sup>389</sup> En definitiva, ya no es posible una simple remisión a modo de habilitación legal para la tipificación de infracciones y sanciones por vía reglamentaria. Cfr. PRIETO ÁLVAREZ, T., *op. cit.*, p. 242.

Sin embargo, de acuerdo con esta modificación de la jurisprudencia, ningún precepto de la Constitución avalaría una minoración de ambos principios de forma que desapareciese por completo la reserva de ley en el ámbito sancionador, así que el Tribunal Constitucional aplicó esta tesis en sucesivas sentencias a modo de reducción de su flexibilidad inicial en beneficio de la legalidad<sup>390</sup>. Una muestra evidente de la relevancia de la STC 132/2001, en materia de relaciones de sujeción especial y el principio de legalidad sancionadora, está en la STC 26/2005, de 14 de febrero, que reproduce párrafos literales de sus fundamentos jurídicos<sup>391</sup>:

“La jurisprudencia de este Tribunal ha declarado en múltiples ocasiones que forma parte del contenido del derecho fundamental a la legalidad sancionadora reconocido en el art. 25.1 CE una garantía calificada como "de carácter formal", que se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de las conductas ilícitas y reguladoras de las sanciones correspondientes, "por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término 'legislación vigente' contenido en dicho art. 25.1 CE es expresivo de una reserva de Ley en materia

---

<sup>390</sup> SSTC 26/2005, de 14 de febrero; 54/2005, de 14 de marzo; 90/2005, de 18 de abril, y 233/2006, de 17 de julio. “De este modo parece abrirse paso una doctrina constitucional que exige alguna previsión constitucional o, cuando menos, legal, que ampare las concretas restricciones del principio de reserva de ley para cada tipo de relación de sujeción especial.” REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. y BUENO ARMIJO, A.M., *op. cit.*, pp. 155.

<sup>391</sup> En esta sentencia el Tribunal Constitucional examinó la vigencia del principio de legalidad ante la potestad disciplinaria derivada de una relación de sujeción especial entre la titular de una expendedoría de tabacos y la Administración General del Estado. La sala primera otorgó el amparo a la recurrente a la par que reconoció su derecho a la legalidad sancionadora.



sancionadora (SSTC 61/1990, de 29 de marzo, FJ 7; 60/2000, de 2 de marzo, FJ 3; 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4; y 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3).<sup>392</sup>

“Por último, también debe rechazarse el argumento que pretende extraer consecuencias en cuanto al alcance de las garantías del art. 25.1 CE a partir de la especial relación existente entre el concesionario de la expendeduría y el Estado. Sobre esta cuestión, ha declarado este Tribunal en la STC 132/2001, de 8 de junio (FJ 4):

a) «De las denominadas 'relaciones especiales de sujeción' -también conocidas en la doctrina como 'relaciones especiales de poder'- se ha ocupado ya este Tribunal en anteriores ocasiones, no ocultando que, como se dijo en la STC 61/1990, FJ 6, la distinción entre relaciones de sujeción general y especial es en sí misma imprecisa. Por ello debemos considerar ahora, con la extensión que el supuesto reclama, el juego que el concepto de 'relaciones especiales de sujeción' puede desempeñar en nuestra Constitución, y más concretamente en relación con el derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE)».

b) «Es posible reconocer situaciones y relaciones jurídico-administrativas donde la propia Constitución o las leyes imponen límites en el disfrute de los derechos constitucionales, llámense tales relaciones de 'especial

---

<sup>392</sup> STC 26/2005, de 14 de febrero, fundamento jurídico tercero.

sujeción', 'de poder especial', o simplemente 'especiales'. Lo importante ahora es afirmar que la categoría 'relación especial de sujeción' no es una norma constitucional, sino la descripción de ciertas situaciones y relaciones administrativas donde la Constitución, o la ley de acuerdo con la Constitución, han modulado los derechos constitucionales de los ciudadanos».

c) «Entre los derechos modulables en una relación administrativa especial se cuenta el derecho a la legalidad sancionadora del art. 25.1 CE. Aunque este precepto no contempla explícitamente ninguna situación o relación administrativa especial, de la concurrencia del mismo con otras normas constitucionales sí se puede concluir que la propia Constitución contiene una modulación del derecho a la legalidad sancionadora en el ámbito de ciertas relaciones administrativas especiales; así lo entendió este Tribunal -al menos de forma implícita- en relación con un preso (STC 2/1987, de 21 de enero, FJ 2) o con un Policía Nacional (STC 69/1989, de 20 de abril, FJ 1); también se apreció aquella modulación constitucional de derechos fundamentales en relación con un Arquitecto colegiado, haciéndose mención expresa del art. 36 CE (STC 219/1989, de 21 de diciembre, FJ 3). (...)».

Pues bien, como también se concluía en el caso resuelto por la citada, y en parte transcrita, STC 132/2001, en el supuesto que nos ocupa ningún precepto constitucional, ni tampoco una ley conforme con la

Constitución, prevén, ni explícita ni implícitamente, la limitación de derechos constitucionales en un ámbito económico como el de los concesionarios de expendedurías de tabaco. Por ello, también «con independencia de cómo se denomine la relación» que une a la titular de la concesión con la Administración, «no hay fundamento alguno» para que la infracción por la que se sancionó a la recurrente «carezca de la cobertura legal que, con carácter general, exige el art. 25.1 CE» (STC 132/2001, de 8 de junio, FJ 4) pues, como se ha expuesto, «la Ley sancionadora ha de contener los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer (SSTC 3/1988, de 21 de enero, FJ 9; 101/1988, de 8 de junio, FJ 3; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 10; 60/2000, de 2 de marzo, FJ 3)» (STC 132/2001, FJ 5); lo que no ha sucedido -con respecto a los elementos esenciales de la infracción- en el presente caso: como ya hemos visto la Ley 38/1985 se limitaba a prever -art. 8.4- la posibilidad de imponer sanciones «cuando los expendedores incurran en infracciones que se determinen en el Reglamento», sin precisar más, y con esta base exclusiva, perfectamente insuficiente, tal Reglamento -art. 27.8 del Real Decreto 2738/1986- tipificaba como infracción grave el «suministro a puntos de venta con recargo, distintos de los que estuviesen obligatoriamente adscritos», siendo de añadir que ya hoy el legislador ha corregido esta anómala situación normativa con la detallada tipificación

de las infracciones, incluida la relativa a los «puntos de venta con recargo», que se contiene en el art. 7 de la ya citada Ley 13/1998.<sup>393</sup>

Este mismo razonamiento es utilizado por el Tribunal Constitucional para inadmitir recursos de amparos similares en otras relaciones de sujeción especial, por ejemplo, en materia de función pública. Así, mediante ATC 124/2005, de 4 de abril, denegó el amparo a un funcionario sancionado por la Junta de Castilla y León y que adujo vulneración del principio de legalidad sancionadora y de la reserva de ley:

“Pues bien, como recordábamos en el reciente ATC 59/2004 de 24 de febrero: “este Tribunal tiene declarado que la referencia a la legislación vigente en el art. 25.1 CE tiene un alcance diferente cuando se trata de la determinación de contravenciones, en el seno de una relación de sujeción especial, en el que la potestad sancionadora no es la expresión del *ius puniendi* genérico del Estado, sino manifestación de la capacidad propia de autoordenación. En tales casos, la reserva de Ley pierde parte de su fundamentación material, aunque también en ellos, una sanción carente de toda base normativa legal devendría no sólo conculcadora del principio objetivo de legalidad, sino lesiva del derecho fundamental consagrado en el art. 25.1 CE; ahora bien, esa base normativa legal también existe cuando la Ley se remite, concretando la especificación y gradación de las infracciones, a normas inferiores, puesto que tal

---

<sup>393</sup> STC 26/2005, de 14 de febrero, fundamento jurídico quinto.

mecanismo permite reconocer la existencia de la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma con rango de Ley (SSTC 2/1987, de 21 de enero, FJ 2; 69/1989, de 20 de abril, FJ 1). En definitiva, si bien la garantía formal (la reserva de ley) se debilita en la tipificación de las infracciones y graduación de las sanciones, se mantiene en todo caso la exigencia de habilitación legal para el ejercicio de la potestad sancionadora y la reserva de ley en cuanto al establecimiento de las sanciones.”<sup>394</sup>

“La aplicación de lo acabado de exponer al caso que nos ocupa conduce a afirmar la falta de contenido constitucional de la demanda también en cuanto a la aducida vulneración de principio de legalidad (art. 25.1 C), incluso considerando la dimensión otorgada a la queja merced a las alegaciones del Ministerio Público. En efecto, la tipificación de infracciones disciplinarias graves efectuada por el RD de 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos, encontraría cobertura legal en el Real Decreto Legislativo 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, el cual, además de tipificar expresamente las infracciones muy graves en su art. 88 (luego derogado por el art. 31 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas de reforma de la función pública), establece un catálogo de sanciones disciplinarias en el art. 91.1, prevé cierta graduación de tales

---

<sup>394</sup> ATC 124/2005, de 4 de abril, fundamento jurídico cuarto.

sanciones en función de qué tipo de infracción se trate, y, finalmente, en el art. 89, remite al reglamento la tipificación de las infracciones graves y leves con indicación de ciertos criterios orientadores de la regulación a introducir reglamentariamente (intencionalidad, perturbación del servicio, atentado a la dignidad del funcionario o la Administración, falta de consideración con los administrados y la reiteración o la reincidencia).

Se respetan así los límites constitucionales impuestos por este Tribunal a la modulación del principio de legalidad cuando de relaciones de sujeción especial se trata.”<sup>395</sup>

El resultado de esta evolución jurisprudencial es un mayor protagonismo del principio de legalidad en el seno de las relaciones de sujeción especial, tanto en su vertiente material como formal.<sup>396</sup> Es decir, ya no basta una mera habilitación legal para la posterior tipificación reglamentaria de las faltas disciplinarias, sino que es precisa “la determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica” puesto que, por vía reglamentaria, sólo corresponde “el desarrollo y precisión de los tipos de infracciones previamente establecidos por la ley”<sup>397</sup>, y lo mismo ocurre con las sanciones, lo que, a mi juicio, significa, una asimilación práctica entre ambas potestades (disciplinaria y

---

<sup>395</sup> ATC 124/2005, de 4 de abril, fundamento jurídico quinto.

<sup>396</sup> En palabras de GÓMEZ TOMILLO: “Partiendo de la idea conforme a la cual el Derecho disciplinario no es sino una manifestación más del *ius puniendi* del Estado, que comparte, por consiguiente, la misma naturaleza que las infracciones administrativas generales, debe concluirse que se somete a análogas reglas, límites y controles.” GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, p. 219.

<sup>397</sup> SSTC 60/2000, de 2 de marzo, fundamento jurídico tercero y STC 132/2001, de 8 de junio, fundamento jurídico cuarto.



sancionadora)<sup>398</sup>, a pesar de tener ámbitos diferenciados (especial y general).<sup>399</sup>

Sobre la segunda y última cuestión, referida al grado de aplicación de los principios derivados del ordenamiento jurídico penal en el ejercicio de la potestad sancionadora, la acometeré en el capítulo quinto, con ocasión del análisis jurídico-penal del baremo sancionador y su contraste con los principios informadores o garantías mínimas del Derecho administrativo sancionador.

Para ello y dado que el objetivo principal de mi trabajo consiste en incorporar al baremo dentro de la ordenación turística autonómica, propongo, de acuerdo con el principio de seguridad jurídica, someterlo a los principios y garantías reconocidos por el Derecho positivo en materia sancionadora, es decir, con los principios recogidos en una norma jurídica que, con rango legal, fue

---

<sup>398</sup> Sin embargo, la disposición adicional octava de la LRJPAC excluye de su ámbito de aplicación a los procedimientos nacidos en ejercicio de la potestad disciplinaria de la Administración respecto a los empleados públicos “y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual”, los cuales se tramitarán de acuerdo con su normativa específica, “no siéndoles de aplicación la presente ley.”

<sup>399</sup> El ejemplo más claro de este cambio de tendencia la apreciamos en el Estatuto básico del empleado público, aprobado mediante Ley 7/2007, de 12 de abril, y que regula uno de los supuestos más paradigmáticos en las relaciones de sujeción especial, los funcionarios públicos. En su artículo 94 declara la vigencia del “principio de legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones” en el ámbito disciplinario, a imagen y semejanza del Derecho administrativo sancionador. Asimismo, los artículos 95 y 96 tipifican las faltas muy graves, las sanciones, exigen la predeterminación legal (ley estatal o autonómica) de las faltas graves y leves, y contemplan la posibilidad de imponer otras sanciones siempre que se establezcan mediante ley. Como valoración personal, discrepo de esta equiparación y coincido con las reflexiones del profesor PRIETO ÁLVAREZ que aboga por una reducción de estas relaciones de conformidad con el criterio de la integración, fruto de una interpretación restrictiva y no extensiva de cada uno de estos supuestos, así como la consiguiente modulación del principio de legalidad y la reserva de ley luego de su reconocimiento. *Vid. PRIETO ÁLVAREZ, T., op. cit.*, pp. 244-246.

constantemente demandada por la doctrina<sup>400</sup> y los operadores jurídicos precisamente, en atención a dicho principio.<sup>401</sup> Me refiero a la Ley sobre el régimen jurídico y el procedimiento administrativo común<sup>402</sup> que, actualmente, dispone una regulación básica sobre los principios de la potestad

---

<sup>400</sup> Entre otros muchos autores, *vid.* MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *op. cit.*, pp. 29-31; PARADA VÁZQUEZ, J.R., “El poder sancionador...”, *cit.*, pp. 41 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “El problema jurídico...”, *cit.*, pp. 399 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G., “La autotutela...”, *cit.*, p. 262; SUAY RINCÓN, J., *op. cit.*, p. 162; GONZÁLEZ NAVARRO, F., “El *Big-Bang* del procedimiento administrativo sancionador”, REDA, núm. 78, Civitas, 1993, pp. 223-232; PEMÁN GAVÍN, J., “La regulación de la potestad sancionadora de la Administración en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre: notas sobre su tramitación parlamentaria”, RAP, núm. 132, CEPC, septiembre-diciembre, 1993, pp. 377 y ss.

<sup>401</sup> Invoco el principio de seguridad jurídica sin perjuicio de las poderosas críticas que denuncian la falta de rigor del legislador a la hora de fijar los criterios materiales necesarios para contribuir a una “nítida demarcación” entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, tal y como aduce el profesor RANDO CASERMEIRO para justificar el “infructuoso papel de la dogmática”: “Sin embargo, el papel de la dogmática ha sido y seguirá siendo infructuoso en este tema mientras no se construya una buena teoría de la legislación. La dogmática sólo puede funcionar sin distorsiones ante un producto legislativo elaborado con unas bases mínimas de racionalidad. Es sólo entonces cuando ésta puede contribuir a la perfección del sistema en su conjunto, sólo por tanto cuando actúe tras, y no en lugar del legislador”. RANDO CASERMEIRO, P., La distinción entre..., *cit.*, p. 39.

<sup>402</sup> Título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, artículos 127-138, que, como denuncia la doctrina administrativista, ha devenido insuficiente. En este sentido, considero necesaria una norma legal básica estatal que regule con más profundidad el ejercicio de la potestad sancionadora por las administraciones públicas y reconozca, no sólo sus principios ordenadores, sino la unidad ontológica de nuestro sistema punitivo, de forma que se ponga fin a algunas incoherencias (*v. gr.*, el carácter solidario de la responsabilidad administrativa), que, a mi juicio, resultan incompatibles con las garantías mínimas inherentes al Derecho administrativo sancionador como una rama más del *ius puniendi* estatal. En definitiva, el legislador estatal debería dar un paso más en la configuración de un Derecho punitivo único. Como ya advertí en el capítulo primero, las Cortes Generales tramitan dos proyectos de ley que regularán, con carácter básico y de forma separada, el régimen jurídico (proyecto de ley de régimen jurídico del sector público) y el procedimiento administrativo común (proyecto de ley del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas), tal y como sucedía con las leyes de régimen jurídico de 1957 y de procedimiento administrativo de 1958. La nueva regulación, que en materia de procedimiento apuesta por la tramitación electrónica, no sustituirá a la vigente LRJPAC, como mínimo, hasta el último trimestre de 2016, dado que los proyectos citados prevén para su entrada en vigor una *vacatio legis* de un año, como regla general, y de hasta dos años para los preceptos más novedosos.

sancionadora<sup>403</sup> y su ejercicio para todas las administraciones incluidas dentro de su ámbito de aplicación.<sup>404</sup>

El legislador clasificó estos principios en dos grupos: por un lado, los principios correspondientes a la potestad sancionadora de las administraciones públicas<sup>405</sup> y, por otro, los principios relativos al procedimiento administrativo<sup>406</sup> sancionador<sup>407</sup>.

Antes de proceder a su enunciación, transcribo parte del párrafo 14 de la exposición de motivos a modo de preludio de los principios y conclusión de la evolución jurídica analizada en el presente capítulo:

---

<sup>403</sup> Legislación básica estatal de acuerdo con el artículo 149.1.18 de la CE, tal y como justifica el legislador en la exposición de motivos de la LRJPAC (párrafo 14, *in fine*), cuando se refiere a los principios informadores de la potestad sancionadora y de su procedimiento: “Todos ellos se consideran básicos al derivar de la Constitución y garantizar a los administrados un tratamiento común ante las Administraciones Públicas, mientras que el establecimiento de los procedimientos materiales concretos es cuestión que afecta a cada Administración Pública en el ejercicio de sus competencias.” Asimismo, el preámbulo del Real decreto 1398/1993, de 4 de agosto (BOE núm.189, de 09/08/1993), por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, dispone que dicha regulación “responde a la consideración de que el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora se integra en el concepto de procedimiento administrativo común previsto en la Constitución para garantía del tratamiento común a los ciudadanos, plasmándose en los principios recogidos en la Ley que deben ser respetados por las concretas regulaciones de los procedimientos específicos.”

<sup>404</sup> La LRJPAC reconoce en su artículo 2, de su título preliminar, dos grandes grupos de administraciones públicas con personalidad jurídica: la Administración pública de base territorial (Estado, comunidades autónomas y entidades que integran a Administración local) y la Administración pública de base no territorial o institucional (entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, como la agencia Turismo de Galicia).

<sup>405</sup> LRJPAC, título IX, capítulo I, artículos 127-133.

<sup>406</sup> El Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora fue aprobado por el ya citado Real decreto 1398/1993, de 4 de agosto.

<sup>407</sup> LRJPAC, título IX, capítulo II, artículos 134-138.

“El título IX regula los principios básicos a que debe someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y los correspondientes derechos que de tales principios se derivan para los ciudadanos extraídos del texto constitucional y de la ya consolidada jurisprudencia sobre la materia.

Efectivamente, la Constitución, en su artículo 25, trata conjuntamente los ilícitos penales y administrativos, poniendo de manifiesto la voluntad de que ambos se sujeten a principios de básica identidad, especialmente cuando el campo de actuación del derecho administrativo sancionador ha ido recogiendo tipos de injusto procedentes del campo penal no subsistentes en el mismo en aras del principio de mínima intervención.

Entre tales principios destaca el de legalidad o «ratio democrático» en virtud del cual es el poder legislativo el que debe fijar los límites de la actividad sancionadora de la Administración y el de tipicidad, manifestación en este ámbito del de seguridad jurídica, junto a los de presunción de inocencia, información, defensa, responsabilidad, proporcionalidad, interdicción de la analogía, etc.”

En definitiva, los principios informadores de la potestad sancionadora y de su procedimiento recogidos en la LRJPAC son los siguientes:

A/ Informadores de la potestad sancionadora: legalidad, irretroactividad, tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad, prescripción y *non bis in idem*.

B/ Informadores del procedimiento sancionador: garantía del procedimiento, derechos del presunto responsable, medidas de carácter provisional, presunción de inocencia y resolución motivada y congruente.



### CAPÍTULO III – LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL ILÍCITO: penas y sanciones administrativas

“¿Por qué la ley pena ciertos actos que le son contrarios y deja a otros sin castigo? Los unos, como los otros, constituyen violaciones del derecho, y si éste es el conjunto de las condiciones de vida de la sociedad, unos y otros las atacan. Si los contratos de venta no son ejecutados; si los préstamos no son reembolsados, la sociedad se halla tan amenazada como si los ciudadanos se asesinasen o robasen unos a otros. ¿Por qué penas en este último caso y la impunidad en el otro? (...) La preservación de la vida humana, la propagación de la especie, el trabajo, también son condiciones de vida de la sociedad: ¿por qué no las asegura mediante leyes? Porque ha reconocido la inutilidad de hacerlo así. La sociedad recurre a la ley cuando comprende que necesita de su ayuda. Esta consideración general es también su guía cuando se trata del establecimiento de la ley penal. La aplicación de una pena no podría justificarse cuando el derecho pueda realizarse por otros medios; la sociedad sería la primera en sufrir las consecuencias. Reconocer los casos para los cuales la legislación debe establecer penas, es una pura cuestión de política social.”<sup>408</sup>

---

<sup>408</sup> VON IHERING, R., El fin en el Derecho, traducción de Leonardo Rodríguez, Rodríguez Serra, B., Madrid, 1911, p. 299. Disponible en internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=463>. Era necesario, pues, elaborar un *concepto material del delito* más allá de su definición formal derivada del principio *nullum crimen sine lege* y así lo hizo la ciencia penal que, en torno al concepto de bien jurídico protegido, caracterizó las conductas delictivas mediante el *desvalor de la acción*, es decir, “su especial peligrosidad para los bienes jurídicos”; el *desvalor del resultado*, motivado por la lesión del bien jurídico; y la *reprochabilidad* que representa el “desprecio” del sujeto

### III.1 La pena como consecuencia jurídica del delito<sup>409</sup>

Cualquier consideración que hagamos sobre la pena como consecuencia jurídica por la comisión de un delito tiene un punto de partida: la idea de castigo. Esto significa el reconocimiento de la retribución como un “carácter básico” atribuible a todas las penas<sup>410</sup>. No obstante y en opinión de la doctrina mayoritaria<sup>411</sup>, sus fines van más allá de un simple castigo y su naturaleza punitiva servirá de presupuesto a la ciencia penal para poder atribuir a la pena funciones de carácter preventivo, porque, como afirma GONZÁLEZ RUS, “la retribución no sólo no es incompatible con las finalidades preventivas, sino por el contrario, algo necesario para su logro”<sup>412</sup>.

---

delincuente hacia “los valores que rigen en una comunidad”. Cfr. MUÑOZ CONDE, F. Introducción al Derecho..., *cit.*, pp. 64-68. Estas son las bases que sustentan el *principio de intervención mínima* en la actualidad, en palabras del autor: “*Desvalor de acción, desvalor de resultado y reprochabilidad* son los tres pilares en los que descansa el concepto material del delito en el derecho penal positivo. Ellos son los que convierten una conducta en «merecedora de pena» y, por consiguiente, a través de su tipificación en la ley, en delito.” MUÑOZ CONDE, F. Introducción al Derecho..., *cit.*, pp.67 y 68.

<sup>409</sup> Recordemos la definición de Derecho penal de von LISZT, como “conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado que asocian al crimen como hecho la pena como *legítima consecuencia*.” Sobre esta definición y su adaptación al Derecho penal de hoy *vid.* COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *op. cit.*, p. 30 y ss. y ABEL SOUTO, M., Teorías de la pena..., *cit.*, pp. 13-19.

<sup>410</sup> Cfr. GONZÁLEZ RUS, J. J. *op. cit.*, p. 267.

<sup>411</sup> Recordemos también las palabras de RUIZ VADILLO, escritas con anterioridad a la aprobación de la Constitución española de 1978 en la revista *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*: “La pena, creemos nosotros, no tiene sobre sí una razón de justicia absoluta; pensar que el Estado, cual un diminuto Dios impone penas con la única finalidad de restablecer abstractamente el equilibrio social perturbado por el delito, nos parece un error. (...) La pena, como casi todas las instituciones jurídicas, no responde a una única motivación, son muchas y variables las causas que la generan y la respaldan moral y jurídicamente.” RUIZ VADILLO, E., “La dosimetría penal en el Código español”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXX, fascículo 2, MJ/MP/BOE, 1977, p. 361.

<sup>412</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J., *op. cit.*, p. 268.



De acuerdo con este planteamiento, la pena quedaría vinculada con el delito gracias a su carácter retributivo. Asimismo, su naturaleza punitiva la convertirá en un instrumento indispensable para la prevención de ilícitos y mantenimiento del orden social, gracias a la aplicación de una política criminal coherente con los principios y valores constitucionales<sup>413</sup> que amparan los derechos de la persona y su dignidad.<sup>414</sup> Pero, ¿cómo llegamos a estos postulados sobre los fines de la pena?<sup>415</sup>

El profesor FERRAJOLI, aplica la teoría de la “tripartición”, introducida en la ciencia penal por Francesco CARRARA<sup>416</sup>, y describe el Derecho penal<sup>417</sup>

---

<sup>413</sup> Por todos ellos, el artículo 10.1 de la CE: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Por su parte, la Constitución europea proclama el respeto a la dignidad humana como uno de los valores que fundamentan la Unión Europea en su artículo I-2: “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.” De la misma forma, en su parte II, dedicada a la Carta de los derechos fundamentales de la Unión, el artículo II-61 proclama la inviolabilidad de la dignidad humana así como su respeto y protección.

<sup>414</sup> Cfr. GONZÁLEZ RUS, J. J., *op. cit.*, pp. 250-252.

<sup>415</sup> “Estudiar los fines de la pena implica estudiar previamente qué es el Derecho penal (cómo se define) y qué funciones cumple (para qué sirve) en una sociedad determinada, así como los medios que utiliza para la consecución de los fines que se le asignan; todo lo cual va a venir condicionado por el modelo de sociedad y el modelo de estado que se pretenda alcanzar.” DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 1999, p. 51.

<sup>416</sup> Teoría “adoptada” por Francesco CARNELUTI en 1933; *vid.* nota núm.1, FERRAJOLI, L., *op. cit.*, p. 238.

<sup>417</sup> COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN definen el Derecho penal como “conjunto de normas jurídico positivas, reguladoras del poder punitivo del Estado que definen como delitos o estados peligrosos determinados presupuestos a los que asignan ciertas consecuencias jurídicas denominadas penas o medidas de seguridad.” COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *op. cit.*, p. 33. A pesar del obvio antagonismo entre los binomios delito - pena y estado

como una “*técnica punitiva*” dividida en tres fracciones: “...*definición, comprobación y represión* de la desviación.”<sup>418</sup> Estas tres partes se corresponden, a su vez, con tres “restricciones” que actúan sobre los ciudadanos y se revelan como instrumentos para el ejercicio de esta técnica: los delitos, el proceso penal<sup>419</sup> y la pena.<sup>420</sup>

Podemos decir, entonces que, primariamente, la pena operaría como consecuencia jurídica del delito<sup>421</sup>, pero no sólo por su naturaleza retributiva, sino también por su carácter garantista, es decir, la pena ha de castigar, exclusivamente, la comisión de hechos ilícitos recogidos en la ley y no las especiales cualidades o características del individuo<sup>422</sup>. Como señala LUZÓN

---

peligroso - medida de seguridad, como dos perspectivas “diametralmente opuestas” para comprender el Derecho penal, sin embargo, ambas “han sido acogidas” por el legislador español en un “maridaje contra natura” que, en opinión de los autores, conlleva “serios problemas” de constitucionalidad. *Cfr. op. cit.*, pp. 31 y 32.

<sup>418</sup> *Cfr. FERRAJOLI, L., op. cit.*, p. 209.

<sup>419</sup> Sobre el proceso penal y la búsqueda de la verdad procesal *vid.* el capítulo noveno del libro de FERRAJOLI, *op. cit.*, pp. 537-692 y HASSEMER, W., *Crítica al Derecho...*, *cit.*, pp. 67-102.

<sup>420</sup> *Cfr. FERRAJOLI, L., op. cit.*, p. 209. “La primera restricción consiste en la definición o prohibición de los comportamientos clasificados por la ley como desviados, y por tanto en una limitación de la libertad de acción de todas las personas. La segunda consiste en el sometimiento coactivo a *juicio penal* de todo aquel que resulte sospechoso de una violación de las prohibiciones penales. La tercera consiste en la represión o *punición* de todos aquellos a quienes se juzgue culpables de una de dichas violaciones.” *Ibidem*.

<sup>421</sup> Sobre las penas como consecuencia jurídica del delito junto a las medidas de seguridad y las diferentes teorías penales, *vid.* CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho...* *cit.*, pp. 22-50. Las penas destacan sobre las medidas de seguridad, en primer lugar, por compartir origen con el propio Derecho penal y, en segundo, por su trascendencia, la cual motiva una amplia investigación sobre sus fundamentos y fines (teorías absolutas, teorías relativas y teorías eclécticas o unitarias). *Cfr. Curso de Derecho...*, *cit.*, p. 22.

<sup>422</sup> “Se trata del *principio de retribución* o del carácter de consecuencia del delito que tiene la pena, que es la primera garantía del derecho penal y que, como escribe Hart, expresa no el fin sino justamente el criterio de distribución y de aplicación de las penas. Gracias a él la pena no es

PEÑA<sup>423</sup>, la pena “presupone culpabilidad en el delito cometido”, pero no “peligrosidad criminal del sujeto” en el futuro, y se distingue por constituir “la forma *más grave* de reacción” del poder punitivo estatal mediante la “privación o restricción” de los “bienes jurídicos más importantes”, de ahí su “diferencia cuantitativa” con otras sanciones que pudieran coincidir “en su contenido” con la pena.<sup>424</sup>

Si situamos el análisis de la pena en su gravedad, apreciamos una limitación de los criterios utilizados para su determinación, a modo de condiciones que someten el *quantum* de la pena a las peculiaridades del hecho delictivo. Sobre este aspecto, bien merece una lectura el libro del marqués de BECCARÍA<sup>425</sup>, *De los delitos y las penas*, escrito en el año 1764<sup>426</sup> y dueño de un discurso

---

un *prius*, sino un *posterius*, no una medida preventiva o *ante delictum*, sino una sanción retributiva o *post delictum*.” FERRAJOLI, L., *op. cit.*, p. 368.

<sup>423</sup> El autor expone un concepto material de pena como la “principal forma de reacción jurídica” frente al delito. Así, la pena “consiste en una privación o restricción de derechos, de bienes jurídicos, aplicada obligatoria y, si es preciso, coercitivamente al delincuente, es decir, un mal que se le impone”. LUZÓN PEÑA, “Pena”, D.-M., *Enciclopedia... cit.*, p. 563.

<sup>424</sup> Dado el carácter teórico de esta diferencia de gravedad, LUZÓN PEÑA acude a “criterios formales” para distinguir sanciones idénticas por su contenido (las multas, por ejemplo): en primer lugar, su denominación legal como penas; en segundo, su sometimiento a las reglas de graduación del Código penal; y, en tercer lugar, su imposición por un órgano jurisdiccional con pleno respeto a las normas del proceso penal. *Cfr.* *Enciclopedia..., cit.*, p. 563. La profesora ALARCÓN SOTOMAYOR utiliza este último criterio como elemento principal de un concepto formal de pena elaborado sobre la base de la STC 77/1983, de 3 de octubre: las penas “son simplemente los castigos impuestos por los jueces ante la comisión de delitos, sea cual fuere la severidad de aquellas o la gravedad de estos”. ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *op. cit.*, p. 41.

<sup>425</sup> “Para que una pena no sea una violencia de uno o de muchos contra un ciudadano particular, debe ser esencialmente pública, pronta, necesaria, la mínima de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos, dictada por las leyes.” BECCARÍA, C., *op. cit.*, p. 175.

<sup>426</sup> Este libro aparece en España diez años después del original, gracias a la traducción de Juan Antonio de las Casas, en 1774. *Vid.* PRIETO SANCHÍS, L., *La filosofía penal en la ilustración española*, Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos..., *cit.*, pp. 489-510.

penal inspirado en dos principios básicos: necesidad de la pena y proporcionalidad.<sup>427</sup>

A medida que repaso el prólogo del profesor GONZÁLEZ GUITIÁN a una reciente edición de esta obra identifico ambos principios con las dos caras de una misma moneda, a modo de calidad y cantidad de la pena. Así, el principio de *necesidad* operaría como un requisito ligado a la calidad de la pena, es decir, tan sólo aquellas penas que se reputen necesarias pueden alcanzar la categoría reservada para las penas justas. Por su parte, la *proporcionalidad* lleva implícita un límite máximo sobre la cantidad de la pena necesaria en cada supuesto; sólo debemos imponer la pena mínima necesaria para la realización de su fin. Entonces, la pregunta es obvia, ¿cuál es el fin de la pena?

BECCARÍA denominó a las penas “*motivos sensibles*”, es decir, razones suficientes para desviar “el despótico ánimo de cada hombre” y defender la soberanía de la nación como suma de todas las libertades individuales que constituyen la sociedad.<sup>428</sup> De forma coherente con esta concepción, en el capítulo XII de su célebre obra, describe la finalidad de las penas sobre la base

---

<sup>427</sup> Cfr. GONZÁLEZ GUITIÁN, L., prólogo al ensayo de BECCARÍA, C., *op. cit.*, p. 43. “*Esta idea, que atraviesa todo el racionalismo jurídico del siglo, establece así un uso más económico del poder de castigar, evitando todo lo que se perdía en exceso y con lo que se limitaba a la barbarie el sistema entonces aún vigente.*” *Ibidem*.

<sup>428</sup> Cfr. BECCARÍA, C., *op. cit.*, p. 93.

del principio de proporcionalidad<sup>429</sup>, toda vez que su objetivo “no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales.”<sup>430</sup>

Con estos argumentos se constituyeron los cimientos del Derecho penal moderno<sup>431</sup>, esto es, sobre las tesis que abogaban por una función *utilitarista* de la pena, especialmente en su dimensión preventiva.<sup>432</sup>

---

<sup>429</sup> “Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo.” BECCARÍA, *op. cit.*, p. 111.

<sup>430</sup> *Ibidem.*

<sup>431</sup> Junto al Marqués de Beccaría, FERRAJOLI cita también a Montesquieu, Voltaire, Blakstone, Filangieri, Pagano, Hume, Bentham y von Humboldt como principales figuras de la Ilustración penal del siglo XVIII, gracias a los cuales “la función utilitaria de la pena se convierte en la base común de todo el pensamiento penal reformador, asociándose expresamente a la doctrina de la separación entre derecho y moral”. Como antecedentes inmediatos de la Ilustración cita a Bacon, Hobbes, Grocio, Locke, Pufendorf y Thomasius, representantes del “pensamiento iusnaturalista y contractualista del siglo XVII, con el que se ponen las bases del estado de derecho y junto con él del derecho penal moderno.” FERRAJOLI, L., *op. cit.*, pp. 258-260. El profesor PRIETO SANCHÍS analiza este período e incluye en el grupo de ilustrados a Condorcet, Filangieri y Diderot. *Vid.* PRIETO SANCHÍS, L., *op. cit.*, pp. 489-496. En relación con los autores de la “Ilustración penal española prebeccariana”, destaca a Fray Martín Sarmiento, Juan Antonio de las Casas, Gaspar Melchor de Jovellanos, Alfonso María de Acevedo, Manuel de Lardizábal, Juan Pablo Forner, José Marcos Gutiérrez y Juan Meléndez Valdés. *Op. cit.*, pp. 496-510. No obstante, el autor es crítico y advierte la falta de un “tratadista” como Beccaría o de una “figura de la talla de Bentham” y, sobre todo, la ausencia del “amplísimo debate” desarrollado en Francia con carácter previo a la revolución. “Pero en cualquier caso, tampoco puede negarse que las aportaciones esenciales de la Ilustración penal tuvieron aquí su eco: la secularización de las instituciones, la concepción utilitaria de la pena, la eliminación o moderación en el uso del castigo capital, el rechazo del tormento, la transformación del proceso en un sentido más garantista, etc., son todas ideas presentes en el pensamiento ilustrado español de la segunda mitad del S. XVIII.” PRIETO SANCHÍS, L., *op. cit.*, p. 510. En este mismo sentido VIVES ANTÓN, para quien “[l]a doctrina penal moderna es hija de la Ilustración.” VIVES ANTÓN, T.S., *Fundamentos...*, *cit.*, p. 664.

<sup>432</sup> “La concepción de la pena como medio, más que como fin o valor, representa el rasgo común de todas las doctrinas *relativas* o *utilitaristas*, desde las de la enmienda y la defensa social a las de la intimidación general, de las de la neutralización del delincuente a las de la integración del resto de los asociados.” *Ibidem.*

Las teorías *justificacionistas* de la pena surgieron en “contraposición” con las teorías abolicionistas y siguiendo “una útil distinción escolástica” elaborada por los criminalistas del siglo XIX<sup>433</sup>. La doctrina penalista<sup>434</sup> clasificó estas teorías en dos grandes bloques: las absolutas<sup>435</sup>, caracterizadas por su naturaleza *retribucionista* y por percibir la pena “como un fin en sí mismo”; y las relativas<sup>436</sup>, de carácter *utilitarista*, que consideran la pena “como un medio para la realización del fin utilitario de la prevención de futuros delitos.” Mientras las teorías absolutas se dividen “según el valor moral o jurídico” otorgado a la retribución penal, las relativas se dividen en “doctrinas de la *prevención especial*”, dirigidas al delincuente, y “doctrinas de la *prevención general*”<sup>437</sup>, dirigidas al resto de la sociedad.<sup>438</sup>

---

<sup>433</sup> FERRAJOLI precisa los orígenes de estas doctrinas y la correspondencia entre las teorías absolutas y relativas, propias de la “literatura alemana, italiana y francesa”, y las teorías retribucionistas y utilitaristas, propias de la doctrina anglosajona. *Cfr. op. cit.*, p. 286.

<sup>434</sup> LUZÓN PEÑA expone la doble función de la norma penal en el ámbito jurídico: la protección de los bienes jurídicos más relevantes para la comunidad, como “condiciones indispensables para la convivencia social frente a ataques graves”, y la prevención general y especial de delitos que dependerá de los medios (penas o medidas de seguridad) previstos en la norma correspondiente. *Cfr.*, LUZÓN PEÑA, D.-M., “Pena”, *Enciclopedia... cit.*, pp. 566-567. Como dice el autor “no se trata de dos funciones encaminadas a fines distintos; a través de la función de prevención se realiza la función de protección: tanto la prevención general como la especial sirven a la protección de bienes jurídicos.” *Op. cit.*, p. 566.

<sup>435</sup> *Vid.* DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención...*, *cit.*, pp. 58-62, y ABEL SOUTO M., *Teorías de la pena...*, *cit.*, pp. 24-31, y *El cine...*, *cit.*, pp. 22-28.

<sup>436</sup> *Vid.* DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención...*, *cit.*, pp. 62-66, y ABEL SOUTO M., *Teorías de la pena...*, *cit.*, pp. 32-50, y *El cine...*, *cit.*, pp. 28-41.

<sup>437</sup> Sobre el fin de prevención general de la pena y su relevante papel en la configuración del Derecho penal actual, *vid.* DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención...*, *cit.*, pp. 97-131.

<sup>438</sup> *Cfr.* FERRAJOLI, L., *op. cit.*, p. 253.



Por último, en atención a la naturaleza de la pena y no a sus destinatarios, la doctrina divide las teorías relativas o *utilitaristas* en *positivas* o *negativas*. De esta manera, FERRAJOLI<sup>439</sup> expuso “cuatro grupos de doctrinas” con “cuatro finalidades preventivas” distintas:<sup>440</sup> “aa) las doctrinas de la *prevención especial positiva* o de la *corrección*, que atribuyen a la pena la función positiva de corregir al reo; ab) las doctrinas de la *prevención especial negativa* o de la *incapacitación*, que le asignan la función negativa de eliminar o de un modo u otro neutralizar al reo; ba) las doctrinas de la *prevención general positiva* o de la *integración*, que le asignan la función positiva de reforzar la fidelidad de los asociados al orden constituido; bb) las doctrinas de la *prevención general negativa* o de la *intimidación*<sup>441</sup>, que le asignan la función de disuadir a los

---

<sup>439</sup> *Vid. op. cit.*, pp. 262-280.

<sup>440</sup> *Cfr. op. cit.*, p. 263

<sup>441</sup> FERRAJOLI atribuye a las teorías de la prevención general negativa el “mérito” de distinguir “programáticamente” el derecho de la moral, es decir, “de ser en sus propósitos ideológicamente neutrales”, ya que se centran exclusivamente en la comunidad y no en el delincuente, por lo que su *utilitarismo* “conecta directamente con la tradición ilustrada”. El profesor italiano examina la distinta perspectiva intimidatoria de la pena y expone estas doctrinas divididas en dos grupos: a) la intimidación a través de la pena utilizada como “ejemplo”, que se impone mediante su “condena”; b) la intimidación a través de la pena utilizada como “amenaza”, que se impone mediante su previsión en la “ley”. De estas dos teorías las primeras son susceptibles de “fundamentar modelos de derecho penal máximo”, ya que podrían legitimar “intervenciones punitivas guiadas por la máxima severidad” basadas en la “eficacia disuasoria del ejemplo” y “desprovistas de cualquier certeza y garantía”, lo cual, llevado a situaciones extremas, podría desembocar en el denominado “castigo del inocente”, incluso “desvinculado de la culpabilidad y de la averiguación misma del delito”. Por su parte, las segundas, si bien vinculan la “función disuasoria” de la pena a la “amenaza contenida en la ley penal” y, en consecuencia, son aptas para “asegurar limitaciones garantistas internas a la función penal” y fortalecen principios limitadores del poder punitivo estatal como el de “estricta legalidad”, el de “materialidad de los delitos” o el de “culpabilidad o responsabilidad personal”, sin embargo, resultan insuficientes “como criterio de limitación de las penas dentro de un modelo de derecho penal mínimo y garantista”, ya que no justifican la prohibición previa a la pena, esto es, la *antijuridicidad* o *norma primaria* y, por lo tanto, no sirven para legitimar el ordenamiento penal. *Cfr. op. cit.*, p. 274-280. En palabras del profesor FERRAJOLI, “...para que un sistema penal pueda considerarse *justificado* hay que valorar su funcionalidad, comparando entre sí entidades homogéneas y escapando por consiguiente a la objeción kantiana también respecto a otro tipo de fin no menos importante que el de la prevención de los delitos:



ciudadanos mediante el ejemplo o la amenaza de la pena.”<sup>442</sup> Durante el examen de las teorías utilitaristas de la prevención, FERRAJOLI reconoce dos fines en el Derecho penal: por un lado, prevenir la comisión de delitos; por otro, evitar las denominadas “penas informales”, es decir, aquellas medidas punitivas de naturaleza extrajurídica que pudieran proceder de las víctimas del delito o de cualquier otra parte interesada en su desagravio.<sup>443</sup>

En relación con el primer fin, trae a colación el principio ilustrado de “pena mínima necesaria” para rechazar un derecho penal de máximos a pesar de que la comisión de cualquier delito “demuestra que la pena prevista para él no ha sido suficiente para prevenirlo y que para tal fin habría sido necesaria una

---

la prevención de los castigos excesivos e incontrolados, dotados también de una cierta capacidad preventiva frente a los delitos, que se reiterarían en su ausencia”. *Op. cit.*, p. 280.

<sup>442</sup> FERRAJOLI, L., *op. cit.*, p. 263. En un análisis de mayor profundidad sobre las teorías “justificacionistas” y su relación con el garantismo penal (*vid.* pp. 321-349), el profesor FERRAJOLI acude al campo semántico y desmenuza los diferentes significados del “por qué de la pena”, mediante tres “palabras”: la *función* de la pena (“usos descriptivos de tipo histórico”); la *motivación* de la pena (“usos descriptivos de tipo jurídico”); y su *fin* (“usos normativos de tipo axiológico”). *Cfr. op. cit.*, p. 322. Asimismo, rechaza las doctrinas justificadoras “apriorísticas”, que considera meras “ideologías normativistas”, en tanto no externalicen el fin del Derecho penal y lo separen de los medios jurídicos a los efectos de comprobar su verdadera adecuación a dicho fin porque “sólo así son posibles justificaciones a posteriori basadas en investigaciones empíricas que excluyan la irrealizabilidad del fin justificante y comprueben que éste se ha realizado en un grado suficiente.” *Op. cit.*, p. 327.

<sup>443</sup> En su obra sobre los fundamentos del sistema penal, VIVES ANTÓN expone los conceptos de delito y pena desarrollados por HOBBS y rechaza la consideración de penas para estos simples “actos de hostilidad”, ya que en tanto “no proceden de la autoridad pública”, no pueden considerarse “manifestaciones del *ius puniendi*”, es decir, son actos ajenos al Derecho. De la misma manera, los castigos impuestos por la autoridad pública, sin un proceso penal, sin el quebrantamiento de una ley previa o incluso excediendo de la pena fijada por la ley son también considerados “actos de hostilidad”. *Cfr. VIVES ANTÓN, T.S., op. cit.*, p. 692.

mayor”<sup>444</sup>; sin embargo, sí que justifica la necesidad de un “límite mínimo” indispensable bajo el cual la pena pierde su capacidad disuasoria.<sup>445</sup>

Con respecto a las “penas informales”, el principio de “*pena mínima necesaria*”, opera como un límite imprescindible para la “minimización” de posibles reacciones violentas ante el delito, así como la imposición de penas “arbitrarias o desproporcionadas”.<sup>446</sup>

MUÑOZ CONDE expone su estudio sobre la motivación de la pena a través de tres factores: su justificación, su sentido y su fin.<sup>447</sup> Así, de acuerdo con la posición mayoritaria de la doctrina, la *justificación* de la pena pasa por constituir un “medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas de una comunidad”<sup>448</sup>, porque

---

<sup>444</sup> FERRAJOLI, L., *op. cit.*, p. 332.

<sup>445</sup> Cfr. FERRAJOLI, L., *op. cit.*, pp. 331 y 332. Las tesis de naturaleza sociológica identifican los efectos disuasorios de la pena con “la idea del refuerzo negativo del conductismo” y clasifican los efectos de las *penas formales* en *directos-individuales* (sobre el autor del delito); efectos *indirectos-parciales* (sobre la cuantía, gravedad o tipo de delito) y efectos *generales* (sobre las personas que no han cometido delito alguno). No obstante, a diferencia de la ciencia penal, la sociología aboga por el carácter disuasorio de las penas o sanciones de carácter *informal*, esto es, la importancia del rechazo social hacia el delincuente dado su desprecio hacia los valores y fundamentos de la comunidad (v. gr. los delitos de violencia de género). Vid. ALVIRA MARTÍN, F. R., El efecto disuasor de la pena, *Estudios Penales y Criminológicos*, USC, vol. VII, 1984, pp. 11-28. Este autor vincula el éxito de los efectos disuasorios de la pena *formal* con los “tres aspectos clásicos de la pena”: la *severidad* o cuantía del castigo; su grado de *certeza*; y su *rapidez*. En palabras del profesor ALVIRA MARTÍN, “Si la pena/castigo es suficientemente severa o grave, la aplicación del castigo tiene lugar inmediatamente después de la comisión del delito y por último existe un grado de certeza alto de que la comisión de un delito lleva emparejado la aplicación de una pena o castigo, si y sólo si se dan estas tres condiciones a la vez parece lógico pensar en un efecto disuasor de la pena.” *Op. cit.*, p. 15.

<sup>446</sup> FERRAJOLI, L., *op. cit.*, pp. 332 y 333.

<sup>447</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F., Introducción al Derecho..., *cit.*, p.70

<sup>448</sup> *Ibidem*

es la propia necesidad de la pena la que contribuye a su justificación y la del Derecho penal, por su capacidad jurídica para evitar conductas contrarias al orden social establecido.<sup>449</sup>

A continuación, identifica el sentido de la pena con la retribución y lo vincula con las *teorías absolutas* de la pena que prescinden de “la idea de fin” y se centran en la pena, exclusivamente, como una “consecuencia justa y necesaria del delito cometido”.<sup>450</sup>

En tercer lugar, MUÑOZ CONDE relaciona el *fin* de la pena con la prevención del delito (teorías relativas o utilitaristas); ya de forma *especial*, mediante la “corrección y educación” del delincuente; ya de forma *general*, mediante la “intimidación” de todos los individuos que conforman la comunidad; ya de forma *mixta*, es decir, tomando “la idea de retribución como base pero añadiéndole también el cumplimiento de fines preventivos, tanto generales como especiales” (teorías de la unión).<sup>451</sup>

---

<sup>449</sup> En palabras de CARBONELL MATEU, “...la pena como el Derecho penal, se justifica porque es necesaria. Sin pena no hay Derecho penal, sin sanción no hay Derecho sancionador.” CARBONELL MATEU, *op. cit.*, p. 70. Sobre el fin, el fundamento y la legitimación de las penas y medidas de seguridad *vid. op. cit.*, pp. 74 y 75.

<sup>450</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F., Introducción al Derecho..., *cit.*, p.71

<sup>451</sup> MUÑOZ CONDE, F., Introducción al Derecho..., *cit.*, p. 72. De entre las teorías *mixtas*, *eclécticas* o *de la unión*, que combinan elementos retributivos de las teorías absolutas, graduados al “mal culpable del delito” gracias al principio de proporcionalidad, y elementos preventivos, generales y especiales, de las teorías relativas, el profesor ABEL SOUTO destaca la teoría dialéctica de la unión de ROXIN en la que la combinación de estos elementos se distribuye en tres fases: la tipificación de la pena en la ley, la determinación de la pena en la sentencia y la ejecución de la pena con criterios de resocialización y reinserción del delincuente en la sociedad. Cfr. ABEL SOUTO, M., Teorías de la pena..., *cit.*, pp. 50 y 51, y El cine..., *cit.*, pp. 41 y 42. *Vid.* también DEMETRIO CRESPO, E., Prevención..., *cit.*, pp. 66-68.

Las consideraciones de MUÑOZ CONDE sobre la motivación de la pena concluyen en una función dual: la pena opera como *retribución*, porque supone la “intervención punitiva del Estado” ante un determinado hecho imponible cometido, pero también como *prevención*, ya que “lucha contra el delito” gracias a su poder de intimidación general y a su función correctora y educadora ejercida sobre el delincuente con carácter especial<sup>452</sup>. En definitiva, “retribución y prevención son dos polos opuestos de una misma realidad, que no pueden subordinarse el uno al otro, sino coordinarse mutuamente”.<sup>453</sup>

Conviene tener en cuenta la declaración constitucional del Estado español como social y democrático de Derecho, que afecta de forma directa al orden penal e, indirectamente, a los fines de la pena, porque “a cada sociedad corresponde un Derecho penal propio, de manera que los presupuestos ideológicos y filosóficos que la fundamentan serán los que informen la función y significado último de las valoraciones penales”.<sup>454</sup>

Así, el *Estado de Derecho*<sup>455</sup> exhorta al legislador penal para proteger los bienes jurídicos con pleno respeto a la ley, la dignidad de la persona y todos

---

<sup>452</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F., Introducción al Derecho..., *cit.*, p.73-75

<sup>453</sup> MUÑOZ CONDE, F., Introducción al Derecho..., *cit.*, p. 73.

<sup>454</sup> GONZÁLEZ RUS, J.J., *op. cit.*, p. 227.

<sup>455</sup> El Estado de Derecho se opone al modelo del Estado absolutista y exige “que el ejercicio de los poderes públicos respete determinadas *garantías formales*, ciertos límites que aseguren la salvaguardia de las esferas de libertad formalmente reconocidas a los ciudadanos”. En consonancia con el Estado liberal, del que procede, “responde a la preocupación de *defender a la sociedad del Estado*, lo que pretende conseguir mediante la técnica formal de la división de

sus derechos;<sup>456</sup> la declaración de *Estado democrático* exige un previo consenso social<sup>457</sup> y la necesidad de respetar el principio de igualdad y no discriminación en el tratamiento penal de los bienes jurídicos;<sup>458</sup> y finalmente, el *Estado social* exige la valoración de las circunstancias personales del sujeto infractor y, por consiguiente, permitirá su “tratamiento diferenciado” en función de aquéllas;<sup>459</sup> “En resumen, pues, la pena en un Estado social y democrático de Derecho debe satisfacer un doble cometido: la defensa social contra el crimen, considerando los derechos de la potencial víctima y los intereses sociales y la garantía de la dignidad del reo.”<sup>460</sup>

Otros autores, como ABEL SOUTO y MIRA BENAVENT, identifican la “esencia” del sistema garantista penal español en el carácter democrático del Estado y no en su condición de social porque la democracia representa la

---

poderes y el principio de legalidad.” MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1982, p. 20.

<sup>456</sup> Cfr. GONZÁLEZ RUS, J.J., *op. cit.*, p. 256.

<sup>457</sup> El Estado democrático conforma su Derecho penal sobre “el consenso de sus ciudadanos” y, por consiguiente, descarta la “mera intimidación” como instrumento de cara a la prevención general de los delitos. “La fuerza de convicción de un Derecho penal democrático se basa en que sólo usa la intimidación de la pena en la medida en que con ella afirme a la vez las convicciones jurídicas fundamentales de la mayoría y respete en lo posible las de las minorías.” MIR PUIG, S., *Función de la pena...*, *cit.*, pp. 30-31.

<sup>458</sup> “Lo que significa, entre otras cosas, que bienes jurídicos de importancia similar (según los parámetros constitucionales) han de merecer una protección equivalente; del mismo modo que a atentados de gravedad semejante deben corresponder sanciones también iguales, con independencia de las condiciones abstractas del autor.” GONZÁLEZ RUS, J.J., *op. cit.*, p. 258.

<sup>459</sup> *Ibidem.*

<sup>460</sup> GONZÁLEZ RUS, J.J., *op. cit.*, p. 259. Sobre la función de la pena en un Estado democrático y social de Derecho *vid.* también el libro de MIR PUIG, S., *Función de la pena...*, *cit.*

libertad del hombre como ciudadano y el Derecho penal debe proteger y garantizar su ejercicio en aras de la dignidad humana.<sup>461</sup> En consecuencia, para estos autores, la función represiva de la pena prevalece sobre su función preventiva, de la misma forma que la libertad sobresale frente a la seguridad.<sup>462</sup>

Por su parte, la jurisprudencia constitucional utiliza con regularidad las teorías de la función de la pena a modo de fundamentos constitucionales que garanticen los derechos del inculcado y sirvan de instrumento adecuado en la reinserción social de los penados.<sup>463</sup> Así ocurre, por ejemplo, en dos consecuencias jurídicas contenidas en la STC 81/2014, de 28 de mayo. Primero, en relación con la prescripción penal, cuya justificación constitucional ha tenido presente “la función de la pena y la situación del presunto inculcado” en su motivación, ya que se trata de “una autolimitación o renuncia del Estado al *ius puniendi* por el transcurso del tiempo”.<sup>464</sup> Segundo, para justificar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad como una

---

<sup>461</sup> Cfr. ABEL SOUTO, M., Teorías de la pena..., *cit.*, pp. 67 y 68

<sup>462</sup> “En la medida que un régimen represivo en la tutela de libertades, que sólo permite la injerencia estatal después de la infracción, es más favorable a la libertad que un régimen preventivo con sus intromisiones previas al quebrantamiento de derechos, estimamos que, si en la doble fundamentación de la pena debe considerarse prevalente un aspecto, nuestra fórmula «Estado social y democrático de Derecho» apunta al componente retributivo, al predominio de los elementos garantistas, pues el equilibrio entre la prevención del Estado social y la retribución del Estado liberal de Derecho se rompe con el adjetivo democrático, que inclina la balanza hacia el garantismo retributivo.” ABEL SOUTO, M., Teorías de la pena..., *cit.*, p. 68.

<sup>463</sup> “La Constitución no requiere que se consiga la reinserción social, pero sí intentarlo de algún modo que permita considerar que las penas privativas de libertad se hallan *orientadas* a tal meta, y que como mínimo no favorecen la *desocialización* del interno.” MIR PUIG, S., Función de la pena..., *cit.*, pp. 36 y 37.

<sup>464</sup> SSTC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 2º; 29/2008, de 20 de febrero, FJ 7º; y 79/2008, de 14 de julio, FJ 2º y las resoluciones en ellas citadas (STC 81/2014, de 28 de mayo, fundamento jurídico tercero).

modalidad alternativa a su ejecución basada “en la necesidad de evitar en ciertos casos el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad por aquellos condenados que presenten un pronóstico favorable de no cometer delitos en el futuro, dado que en tales supuestos no sólo la ejecución de una pena de tan breve duración impediría alcanzar resultados positivos en materia de resocialización y readaptación social del penado, sino que ni siquiera estaría justificada dada su falta de necesidad desde un punto de vista preventivo”.<sup>465</sup>

En definitiva, como defiende el profesor DE LA CUESTA ARZAMENDI, la función de reinserción y resocialización de las penas privativas de libertad impulsa al principio de humanidad de nuestro Derecho penal hacia la fase de ejecución, es decir, hasta los establecimientos penitenciarios,<sup>466</sup> porque no basta con humanizar los instrumentos de determinación judicial de la pena sino que se hace necesario la resocialización de todo el régimen penitenciario<sup>467</sup>:

“Frente al riesgo de conversión de los establecimientos en meros depósitos de seres humanos, que el abandono del ideal resocializador

---

<sup>465</sup> STC 251/2005, de 15 de noviembre, FJ 7º, y en el mismo sentido, SSTC 115/1997, de 16 de junio, FJ 2º; 164/1999, de 27 de septiembre, FJ 2º; 264/2000, de 13 de noviembre, FJ 2º; 8/2001, de 15 de enero, FJ 2º; y 110/2003, de 16 de junio, FJ 4º (STC 81/2014 de 28 de mayo, fundamento jurídico cuarto).

<sup>466</sup> La pena de prisión y las diversas circunstancias de su ejecución son objeto de un especial análisis en el libro *El cine carcelario* (*vid. supra* nota a pie de pág. núm. 263), en cuyo prólogo TORRES DULCE recuerda el protagonismo de los establecimientos penitenciarios en la función resocializadora de la pena de prisión, “...la cárcel nunca es la solución definitiva sino un camino hacia la reintegración social que nunca debe negarse.” TORRES DULCE, E., *El cine...*, *cit.*, p. 13.

<sup>467</sup> *Cfr.* DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *op. cit.*, pp. 222 y 223.



claramente conlleva, esto obliga a la institución penitenciaria a comprometerse, de manera decidida y en primer lugar, con la humanización de la prisión, presupuesto ineludible de cualquier labor resocializadora.”<sup>468</sup>

Después de esta breve descripción de las teorías sobre los fundamentos de la pena y de acuerdo con las tesis que abogan por la separación entre los fines de la pena y su determinación judicial, con el fin de lograr una pena proporcionada a las circunstancias del ilícito,<sup>469</sup> paso página y expongo las directrices para la individualización de las penas y sanciones administrativas a modo de base jurídica para la configuración de un baremo sancionador y como preámbulo de su presentación.

---

<sup>468</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *op. cit.*, p. 222.

<sup>469</sup> El motivo principal de la elaboración de esta tesis, llevado al ámbito administrativo sancionador, coincide con los movimientos neoproporcionalistas del Derecho penal que, en busca de una pena justa y equitativa abogan por una determinación de la pena al margen de las teorías sobre su utilidad. Así, de acuerdo con MILTON PERALTA, considero que “la pena es, materialmente, un dolor, un sufrimiento impuesto deliberadamente y que, por ello, debe ser distribuido conforme al principio de igualdad”, de ahí que tanto las teorías de la prevención general (positiva o negativa), como las de la prevención especial (positiva o negativa), o las retribucionistas aunque sirven de soporte para las teorías de justificación de la pena deberían de mantenerse al margen de su determinación judicial. MILTON PERALTA, J., “Dogmática del hecho punible, principio de igualdad y justificación de segmentos de pena”, DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, UA, núm., 31, año 2008, p. 611. Disponible en internet: [http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/19331/1/Doxa\\_31\\_33.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/19331/1/Doxa_31_33.pdf). En este artículo el autor, primero, analiza los métodos de determinación de la pena en relación a sus fundamentos (*vid. pp.* 601-609), después, defiende la separación entre la “justificación general del castigo” y su “forma de aplicación” (VON HIRSCH y HÖRNLE) y, por último, propone, “*de lege ferenda*”, un método de determinación proporcional basado en el respeto al principio de igualdad, de manera que “la distribución del castigo sea equitativa” (*vid. pp.* 610-622) porque “a hechos iguales le corresponden penas iguales”. *Cfr. op. cit.*, p. 601.

### III.2 La pena de multa: tipología, determinación y arbitrio judicial.

El Código penal de 1995 clasifica las penas<sup>470</sup>, por razón de su gravedad, en tres grupos: las penas graves, las penas menos graves y las penas leves.<sup>471</sup>

Dentro de estos tres grupos y desde una perspectiva material, el código distingue tres tipos de pena: las privativas de libertad<sup>472</sup>; las privativas de

---

<sup>470</sup> Si hacemos un breve ejercicio retrospectivo de la clasificación de penas preconstitucional, propuesta como “esquema general” por RUIZ VADILLO en el año 1977, podemos observar no sólo la evolución de las penas en los años de vigencia del Estado social y democrático de Derecho sino también su relación con las sanciones administrativas: “Privativas de libertad (reclusión, prisión y arresto); restrictivas de libertad (confinamiento y destierro); privativas de derechos (inhabilitación); restrictivas de derechos (privación de los permisos de conducir vehículos de motor o de navegación marítima y aérea, privación temporal o definitiva de tener establecimientos abiertos al público, (...), o industrias (...), etc.); pecuniarias (días-multa); otras (presentación y/o vigilancia de la autoridad y sus agentes, arrestos de fin de semana, arresto domiciliario, prohibición de acudir a ciertos establecimientos o espectáculos, publicación de la sentencia, reprensión, prestación de trabajo en centros de utilidad social, caución, etc.” RUIZ VADILLO, E., “La dosimetría...”, *cit.* pp. 363 y 364. Asimismo, el autor demanda “una cierta dosis de imaginación” en la creación y configuración de las penas por el legislador: “Hay que crear nuevas penas, hay que suprimir algunas de las existentes y hay que dar un cierto giro a muchas de las que hayan de sobrevivir.” *Ibidem*.

<sup>471</sup> *Vid.* artículos 32, 33 y 34 del CP. El profesor ABEL SOUTO criticó la falta de rigor de la Ley orgánica 15/2003 en relación con la clasificación de las penas, ya que incluyó la localización permanente “en el penúltimo lugar del catálogo de las penas leves”, es decir, sin respeto por la sistemática del propio CP (la naturaleza de las penas), dado que su condición de “pena privativa de libertad” la llevaría a ser “la primera sanción citada en el artículo 34.4. Además, puestos a enmendar errores, un legislador cuidadoso, siguiendo el mismo criterio, debería haber antepuesto a la multa los trabajos en beneficio de la comunidad con carácter menos grave y leve.” ABEL SOUTO, M., “Discordancias y errores introducidos en el Código Penal por la simbólica reforma de 25 de noviembre de 2003 que deben ser erradicados del Texto punitivo”, publicado en la revista *La Ley Penal*, núm. 11, diciembre de 2004, pp. 63-90, y en *REXURGA* núm. 42, 2004, pp. 37-73, disponible en internet: <http://www.rexurga.es/pdf/COL088.pdf>. Si bien el artículo 33 del Código penal fue modificado recientemente por la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, el legislador estatal no tuvo en cuenta dichas críticas.

<sup>472</sup> El artículo 35 del Código penal, redactado de acuerdo con la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, con vigencia desde el 1 de julio de 2015, dispone: “Son penas privativas de libertad la prisión permanente revisable, la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las leyes y en este Código.” Sobre las penas privativas de libertad en el Código penal de 1995, *vid.* también los estudios de LORENZO SALGADO, J.M., “Las penas privativas...”, *cit.* y “Penas privativas...”, *cit.*

derechos<sup>473</sup>; y las multas<sup>474</sup>. Otras clasificaciones giran en torno al concepto de *pena-tipo*, es decir, “el castigo que el legislador ha previsto para la tipología en cuestión”.<sup>475</sup> A veces, la ley recoge una pluralidad de castigos para la comisión de un único delito, ante lo cual la doctrina distingue otras modalidades de penas diferentes a la “pena única”, como las “penas disyuntivas”, las “penas conjuntas” o las “penas imperativas y potestativas”.<sup>476</sup>

El carácter autárquico del Derecho, reclamado por STAMMLER para cualquier ordenación social que pretenda constituirse como un ordenación de Derecho<sup>477</sup>, es atribuido al sistema de penas del Código penal, “pues los castigos tienen vida propia, se desenvuelven con independencia unos de otros,

---

<sup>473</sup> Tras la reforma de la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, el artículo 39 del Código penal establece las siguientes “penas privativas de derechos”: a) la inhabilitación absoluta; b) las de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, u otras actividades determinadas en este Código, o de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, tenencia de animales, derecho de sufragio pasivo o de cualquier otro derecho; c) la suspensión de empleo o cargo público; d) la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores; e) la privación del derecho a la tenencia y porte de armas; f) la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos; g) la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o el tribunal; h) la prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal; i) los trabajos en beneficio de la comunidad; j) la privación de la patria potestad.

<sup>474</sup> Las disposiciones de la sección 4ª, capítulo I, título III, del CP (artículos 50 a 53) regulan la pena de multa.

<sup>475</sup> LLORCA ORTEGA, J., *op. cit.*, p. 19

<sup>476</sup> Desde una óptica jurisdiccional y no legislativa, *penas disyuntivas* son aquellas en las que el órgano al que compete dictar sentencia debe de optar por dos castigos alternativos; *penas conjuntas* aquellas que, pese a su pluralidad, deben ser impuestas por la comisión de un único delito; *penas imperativas* aquellas que resultan de obligada imposición; y *penas potestativas* aquellas cuya imposición no resulta preceptiva por lo que deberá motivarse “razonadamente” en la resolución judicial (*vid.* el artículo 192.3 del CP). *Ibidem.*

<sup>477</sup> Un ordenamiento jurídico que pretenda constituir una verdadera “ordenación de Derecho”, esto es, con voluntad jurídica propia, deberá cumplir los dos “caracteres conceptuales” de todo Derecho: “autarquía e inviolabilidad de la vinculación”. *Cfr.* STAMMLER, R., *op. cit.*, p.19.

ya que, bastándose por sí mismos, todos y cada uno de los castigos son susceptibles de desdoblarse hacia arriba (...) y hacia abajo”.<sup>478</sup>

Con este propósito, el legislador articuló un sistema de determinación de la pena basado en “marcos penales”<sup>479</sup>, tal y como ocurre en la mayoría de los ordenamientos penales, esto es, la ley fija la pena en “una extensión más o menos grande (...) dentro de un límite máximo y un mínimo fijados legalmente para cada tipo de delito: marco penal típico o legal (pena típica, legal, abstracta)”.<sup>480</sup>

A partir de esta *pena tipo* o *pena base*<sup>481</sup> y con la aplicación de las reglas de la “parte artística”<sup>482</sup> del Código penal podemos obtener, en primer lugar, la pena

---

<sup>478</sup> Este desdoblamiento se produce desde la misma pena-base, bien hasta su inmediata superior, bien hasta su inmediata inferior. LLORCA ORTEGA, J., *op. cit.*, p. 21. Sobre la base del sistema penal español, proyectó el carácter autárquico hacia el baremo sancionador de esta tesis como un sistema objetivo de determinación de las sanciones administrativas dotado del suficiente grado de autonomía y plenitud para enfrentarse a cualquier supuesto de hecho con independencia de las circunstancias que concurran en la conducta infractora. Con este propósito otorgo al baremo la flexibilidad necesaria para adaptarlo a los distintos niveles de gravedad de las sanciones previstas en la LTG, en proporción con la gravedad del hecho infractor. En definitiva, no basta con elaborar un baremo sancionador sino que su elaboración debe aspirar a la configuración de un sistema autárquico.

<sup>479</sup> La mayoría de los ordenamientos penales en el Derecho comparado rechazan tanto el sistema de “pena exacta o única para cada hecho”, por su imposibilidad de adaptarse a las peculiaridades del autor y a las circunstancias concurrentes en cada hecho concreto, como el “sistema de pena indeterminada”, por el elevado grado de discrecionalidad judicial que pondría en jaque al principio de seguridad jurídica. *Cfr.* LUZÓN PEÑA, D.-M., *Enciclopedia...*, *cit.*, p. 615.

<sup>480</sup> *Ibidem.*

<sup>481</sup> La *pena base* o *pena tipo*, prevista para los autores del delito consumado, “es el castigo que el legislador ha previsto para la tipología en cuestión y que, (...), equivale a la pena legal en abstracto.” LLORCA ORTEGA, J., *op. cit.*, p. 19.

<sup>482</sup> La parte artística del Código penal español se corresponde con su libro primero. Esta denominación es mérito del profesor Rueda de Neira, Ramón Ramiro (1840-1904), catedrático de Derecho Mercantil y Penal en la Universidad de Santiago de Compostela y aparece

superior o inferior en grado<sup>483</sup> así como el castigo del resto de formas de desarrollo y participación diferentes a la consumación y autoría; y en segundo lugar<sup>484</sup>, la división de la pena en dos mitades (inferior y superior) o “bisección del castigo”,<sup>485</sup> lo cual nos permite aplicar en la determinación de la pena aquellas circunstancias (agravantes o atenuantes) que concurran en la infracción y modifiquen la responsabilidad penal.<sup>486</sup>

Más allá de las reglas de determinación legal de la pena, contenidas en el CP, destaca la determinación judicial de la pena que, por un lado, mide la pena en un “sentido estricto”, es decir, realiza una individualización de su cuantía dentro

---

expresamente en el título de su obra, Parte artística del Código penal vigente. Estudio teórico práctico de las reglas de aplicación de penas, publicada por la imprenta Paredes, en Santiago, durante el año 1890. Una reciente edición de esta obra fue publicada por la editorial *Nabu Press*, el 29 de febrero de 2012.

<sup>483</sup> La formación de la pena superior e inferior en grado sobre la *pena base* se efectúa de conformidad con las reglas previstas por los artículos 70 a 73 del CP. Para LLORCA ORTEGA, estas reglas rompen con el tradicional “sistema de escalas graduales” previsto por el Código penal de 1944 y conforman un nuevo “sistema de penas autárquicas” por el que se “estructuran todas y cada una de las penas que forman parte del catálogo general del Código de forma tal que sean susceptibles de desdoblarse en sí mismas y por sí mismas, hacia arriba o hacia abajo, dando paso a la pena superior o inferior, respectivamente.” LLORCA ORTEGA, J., *op. cit.* p. 42. Así, por ejemplo, si el CP prevé una pena base o tipo de tres a seis meses de multa, la pena superior en grado será de seis meses y un día a nueve meses de multa y la pena inferior en grado será de un mes y quince días a tres meses menos un día de multa.

<sup>484</sup> A diferencia de lo que ocurre con las reglas para la formación de la pena inferior y superior en grado, ningún artículo del Código penal recoge las reglas aritméticas para realizar la bisección de la pena en dos mitades (inferior y superior).

<sup>485</sup> *Cfr.* LLORCA ORTEGA, J., *op. cit.*, p. 21. La articulación de las reglas contenidas en el artículo 66 del CP para la apreciación de las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes y su aplicación a la pena se produce sobre la base de su división en una mitad inferior y una mitad superior.

<sup>486</sup> Las circunstancias modificativas de la responsabilidad también son denominadas “accidentes del delito”. *Vid.* LLORCA ORTEGA, J., *op. cit.*, pp. 41-42. Tomando el ejemplo anterior (nota núm. 61), a la pena base de tres a seis meses de multa le corresponderá la siguiente bisección penal: la mitad inferior, de tres a cuatro meses y quince días de multa; y la mitad superior, de cuatro meses y quince días a seis meses de multa.

del marco penal recogido por la ley y, por otro, mide la pena en un “sentido amplio”, ya que incluye tanto la determinación de la pena individual como la posibilidad de su sustitución atendiendo a las circunstancias del hecho y del sujeto infractor.<sup>487</sup> La posible sustitución de la pena parte de fundamentos relativos a la prevención especial y opera a través de “medidas alternativas” que, ajustadas a las condiciones personales del sujeto, otorgan una mayor eficacia al Derecho penal y, en consecuencia, mayores cotas de bienestar general a la comunidad en la que se integra.<sup>488</sup>

A favor de las medidas alternativas se pronuncia DE LA CUESTA ARZAMENDI que, como indiqué en el apartado dedicado a la función de la pena, extiende los ideales constitucionales de la dignidad humana al ámbito de la ejecución penal y propugna como uno de los “retos principales”<sup>489</sup> de nuestro sistema penitenciario, “la necesaria orientación resocializadora de la pena privativa de libertad” lo que conlleva un “esfuerzo especial en la búsqueda de *alternativas*

---

<sup>487</sup>Cfr. LUZÓN PEÑA, D.-M., Enciclopedia..., *cit.*, p. 616. Como señala MIR PUIG, la determinación judicial de la pena es el momento oportuno de “*ofrecer* al condenado *posibilidades* para su resocialización y reinserción social”, por lo que, de acuerdo con el objetivo previsto en el artículo 25 de la CE, el órgano jurisdiccional podrá sustituir la pena o incluso “impedir su imposición o su cumplimiento cuando, no resultando absolutamente necesaria para la protección de la sociedad, aparezca como innecesaria o contraindicada en orden a la resocialización.” MIR PUIG, S., El fin de la pena..., *cit.*, p. 34.

<sup>488</sup>Cfr. LUZÓN PEÑA, D.-M., Enciclopedia..., *cit.*, p. 616.

<sup>489</sup>Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “Retos principales del actual sistema penitenciario”, en Jornadas en Homenaje al XXV Aniversario de la Ley orgánica general penitenciaria, 2005, Madrid, pp. 119-137.



válidas para las penas cortas de prisión o, en su caso, el desarrollo de sistemas y mecanismos de ejecución atenuada de la misma”.<sup>490</sup>

No obstante, la potestad jurisdiccional en la determinación de la pena está siempre limitada por una exigencia constitucional que actúa a modo de axioma en cualquier Estado de Derecho: la motivación de las sentencias.<sup>491</sup>

En este sentido, SILVA SÁNCHEZ critica un excesivo desarrollo de la teoría del delito en detrimento de la teoría de la determinación de la pena y la ausencia

---

<sup>490</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “El principio de humanidad...”, *cit.*, p. 223. Según este autor, la medida alternativa de “mayor prestigio y renombre” es el trabajo en beneficio de la comunidad, cuyo éxito depende, fundamentalmente, de la existencia de una “amplia red de entidades públicas y privadas, capaz de configurar una variada oferta de actividades válidas.” *Ibidem*. Llegados a este punto, el planteamiento resulta obvio, ¿es posible trasladar esta fórmula al ámbito administrativo para sustituir la sanción administrativa por medidas alternativas como, por ejemplo, un curso de formación profesional? ¿Es viable la adopción de estas medidas sustitutivas de la sanción en el seno de un procedimiento sancionador? El legislador gallego así lo ha previsto en la Ley 11/2010, de 17 de diciembre, de prevención del consumo de bebidas alcohólicas en menores de edad (DOG, núm. 248, de 28/12/2010, y BOE núm. 25, de 29 de enero de 2011), que reconoce esta posibilidad en sus artículos 28 (“destino y sustitución de las sanciones”) y 29 (“procedimiento de sustitución de las sanciones”). Por su parte, el ejecutivo autonómico desarrolló reglamentariamente esta fórmula, mediante la aprobación del Decreto 88/2014, de 3 de julio, por el que se regula el sistema de sustitución de sanciones impuestas por incumplimiento de la Ley 11/2010, de 17 de diciembre, de prevención del consumo de bebidas alcohólicas en menores de edad y se establecen los criterios básicos de los programas preventivos que de ella se derivan. Sobre la atenuación de las penas privativas de libertad, *vid.* LORENZO SALGADO, J.M., “Penas privativas...” *cit.* y “*O arresto de fin de semana como pena privativa de liberdade de cumprimento discontinuo: ¿permite o CP a súa execución ininterrompida en casos distintos ó previsto no art. 37.3?*”, en REXURGA, núm. 17, 1997, pp. 31-43.

<sup>491</sup> Recordemos que el artículo 3 .1 del Código penal de 1995 establece que “no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente”. Aunque esta exigencia ya era recogida por el artículo 80 del Código Penal de 1973 (“no podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia firme”), el artículo 120.3 de la CE dispone que las sentencias “serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública.” En definitiva, “la resolución judicial que imponga una pena y lo haga haciendo uso del arbitrio concedido por la Ley, entendemos que debiera tener la inexcusable obligación de razonarlo a fin de que pueda ser sometido al control del correspondiente recurso”, porque “la libertad concedida al juzgador no es ni debe ser ilimitada, sino una libertad para juzgar, condicionada a las circunstancias concurrentes que deben ser suficientemente valoradas y expresadas en la sentencia.” RUIZ VADILLO, E., “La dosimetría...”, *cit.*, p. 366.



de un “sistema de reglas” que sirva de guía para la determinación judicial del *quantum* de la pena y evite el riesgo de incurrir en arbitrariedad dada la “pobreza y variabilidad” de los razonamientos judiciales, ya que el injusto, culpabilidad y punibilidad “constituyen magnitudes materiales graduables”.<sup>492</sup>

Con estos parámetros, la determinación de la pena se configura como un acto “en virtud del cual se constata el concreto contenido de injusto, culpabilidad y punibilidad de un determinado hecho, traduciéndolo en una determinada medida de pena”<sup>493</sup>, es decir, en “el establecimiento de un *quantum* de su merecimiento y necesidad” para el cual propone la “teoría de la proporcionalidad con el hecho”<sup>494</sup> como método adecuado para lograr, en términos relativos o aproximados, una “individualización dogmática” de la pena que limite la discrecionalidad en su determinación y elimine las posibilidades de arbitrariedad en las decisiones judiciales.<sup>495</sup>

---

<sup>492</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2/2007, Barcelona, p. 5. Disponible en internet: [http://www.indret.com/pdf/426\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/426_es.pdf)

<sup>493</sup> *Ibidem*. La determinación judicial de la pena cuenta con “un marco” formado por la subsunción de conducta ilícita en el Código penal dentro del cual el órgano jurisdiccional deberá fijar “la cantidad de pena correspondiente al caso” Cfr. MILTON PERALTA, J., *op. cit.*, p. 600.

<sup>494</sup> Este “movimiento neoproporcionalista”, de origen anglosajón, surge en contraposición a las teorías de la prevención especial, en los años 70 y “se caracteriza por buscar una mayor justicia, igualdad y transparencia en el ámbito de la determinación de la pena” y rechaza la posibilidad de que la pena se incremente con posterioridad a su imposición, es decir, “en función de los pronósticos que se puedan hacer sobre sucesos y evoluciones futuros.” FEJOO SÁNCHEZ, B., “Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1/2007, Barcelona, p. 6. Disponible en internet: [http://www.indret.com/pdf/403\\_es\\_1.pdf](http://www.indret.com/pdf/403_es_1.pdf)

<sup>495</sup> Cfr. FEJOO SÁNCHEZ, B., *op. cit.*, pp. 6-8. El autor establece unas pautas para la puesta en práctica de esta teoría que se aproximan a las utilizadas en la configuración del presente baremo, como, por ejemplo, “la elaboración de una escala cuantitativa de subtipos en las que se contengan ordenadas en función de su gravedad las diversas formas de realización de un mismo

Sin embargo, la motivación de la pena también actúa como criterio de “dosimetría sancionadora”, junto a una serie de principios interpretativos de rango constitucional que la doctrina deduce de las reglas contenidas para la determinación de las diversas penas (“parte artística”) de nuestro Código Penal y que, de acuerdo con el profesor LLORCA ORTEGA<sup>496</sup>, sintetizo en los siguientes: (1) legalidad penal<sup>497</sup>; (2) prohibición del *bis in idem*; (3) igualdad; (4) principio acusatorio<sup>498</sup>; (5) prohibición de dilaciones indebidas<sup>499</sup>; (6)

---

tipo”. *Op. cit.*, p. 10. En este sentido, considero al baremo sancionador como un método neoproporcional de determinación de la pena, en atención al hecho, a la culpabilidad del sujeto y a los *accidentes* del ilícito concurrentes en cada supuesto, ya que su único propósito es encontrar “la pena justa” a los hechos y no las influencias que aquélla pudiera ejercer sobre el autor o terceros. *Cfr.* FEIJOO SÁNCHEZ, B., *op. cit.*, p. 7. En este orden de cosas, considero que el baremo responde a las características del método de individualización de la pena propuesto por el profesor MILTON PERALTA: proporcionalidad con el hecho y distribución equitativa de la sanción sobre la base de los marcos penales predeterminados por el legislador. *Vid.* MILTON PERALTA, J., *op. cit.*, pp. 610-622.

<sup>496</sup> *Vid.* LLORCA ORTEGA, J., *op. cit.*, pp. 22-39, bajo el epígrafe “Los principios o criterios interpretativos de las *reglas de dosimetría sancionadora*”. Si tuviera que poner algún reparo a esta lista añadiría el principio de culpabilidad, tal y como he utilizado en el baremo sancionador a modo de circunstancia atenuante (culpa levísima) o agravante (dolo). Si bien esta aportación es contraria a las tesis que rechazan la relevancia de los elementos subjetivos del ilícito como parámetros para la graduación de la pena (*vid.* MILTON PERALTA, J., “Elementos subjetivos del ilícito en la determinación de la pena”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo LXIII, fascículo 1, MJ/MP/BOE, 2010, pp. 251-276. Me parecen suficientes los matices aplicados al principio de culpabilidad en su tránsito desde el Derecho penal al ordenamiento jurídico administrativo sancionador ya que, en este último, la negligencia sirve de parámetro básico de culpabilidad y, por consiguiente, la concurrencia de dolo puede ser apreciada como circunstancia agravante de la responsabilidad. Recordemos que, bajo el fundamento de la unidad del *ius puniendi* estatal, los principios más trascendentales de la determinación penal (legalidad, culpabilidad, proporcionalidad y *non bis in idem*, entre otros) fueron trasladados al Derecho administrativo sancionador, primero, por la jurisprudencia constitucional y, años más tarde, por el legislador estatal. Por esta razón, someto el baremo sancionador en materia de ordenación turística al contraste de los principios citados en el capítulo quinto de esta tesis.

<sup>497</sup> Sintetizo las consecuencias del principio de legalidad en la determinación penal de la pena en dos obligaciones inexcusables para el órgano judicial: primero, debe imponer la pena o las penas previstas por el legislador para ese concreto delito; y segundo, el *quantum* de la pena debe respetar los límites mínimo y máximo de la ley. *Cfr.* LLORCA ORTEGA, J., *op. cit.*, p. 23.

<sup>498</sup> Aunque solamente dos elementos de la acusación vinculan al órgano sentenciador (los hechos y la calificación jurídica), el principio acusatorio comporta la debida correlación entre acusación, clara y precisa, y la sentencia judicial que deberá aplicar la pena de la ley “una vez

proporcionalidad<sup>500</sup>; (7) principio de la pena natural<sup>501</sup>; y (8), la ya citada motivación de la sentencia<sup>502</sup>.

---

que se han precisado los elementos que la determinan.” Cfr. LLORCA ORTEGA, J., *op. cit.*, p. 28. El principio acusatorio se traslada al Derecho administrativo sancionador mediante la exigencia de un vínculo entre el acuerdo de incoación y la propuesta de resolución que, en relación al sujeto inculcado y los hechos objeto de la acusación, deberá respetarse en todo caso. Vid. ALARCÓN SOTOMAYOR, *op. cit.*, pp. 162-172. Sin embargo, la citada autora admite la posibilidad de que el órgano competente para resolver modifique el *quantum* de la sanción prevista en la propuesta de resolución, sin cambiar los hechos, ni la calificación jurídica y sin necesidad de otorgar audiencia al inculcado, siempre que la sanción permanezca en los márgenes establecidos por el legislador y no se incorporen sanciones accesorias no previstas por el órgano instructor en su propuesta (entonces sería preceptivo el trámite de audiencia antes de dictar la resolución), tal y como reconoce la STC 117/2002, de 20 de mayo, en su fundamento jurídico quinto). *Op. cit.*, pp. 173-175.

<sup>499</sup> Las dilaciones indebidas en el Derecho penal eran apreciadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo como circunstancia atenuante por la vía analógica del artículo 27.1 del CP, antes artículo 21.6 (SSTS de 13/03/2000 y 12/06/2003). Cfr. LLORCA ORTEGA, J., *op. cit.* pp. 30 y 31. Desde la reforma de 22 de junio de 2010 se han transformado en una circunstancia específica recogida en la actual circunstancia 6ª del artículo 21.

<sup>500</sup> La invocación del principio de proporcionalidad por “exceso de castigo” nos permite reconocer dos tipos de pena: (1) el castigo en abstracto o *pena legal* (pena abstracta o “pena tipo”), que es determinada por el legislador y, por consiguiente, afecta al ámbito del poder legislativo; y (2) el castigo concreto o *pena judicial* (pena concreta), es decir, la pena individualizada por los órganos jurisdiccionales y que constituye el objeto del presente análisis. Este principio tiene una especial relevancia en la resolución de los concursos de delitos, en los que resulta frecuente una “excesiva exasperación de la pena” y que podría corregirse a través de la proporcionalidad. LLORCA ORTEGA, J., *op. cit.*, pp. 32-34. Sobre la separación entre “*determinación legal de la pena*” e “*individualización judicial de la pena*” vid. también DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención...*, *cit.*, pp. 41-44. Por otro lado, la individualización judicial de la pena comprende también el ámbito penitenciario, de ahí que podamos distinguir dos fases, primero, su determinación en sentencia y, a continuación, su ejecución, ya que la potestad jurisdiccional consiste en “juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado”. Cfr. RUIZ VADILLO, E., “La dosimetría penal...”, *cit.*, pp. 365 y 366.

<sup>501</sup> Teoría alemana de reciente creación que reconoce como circunstancia atenuante los daños o padecimientos físicos del sujeto activo del delito siempre y cuando deriven de su conducta penal. Aunque parte de la doctrina invoque su aplicación como “atenuante analógica” del artículo 21.7 del CP, la jurisprudencia del Tribunal Supremo todavía no la ha reconocido en tanto no guarde relación con alguna circunstancia recogida en el resto de apartados del artículo 21 y no disminuya la culpabilidad del autor o afecte al desvalor del hecho; SSTS de 8 de noviembre de 1995; 29 de abril de 1999; 10 de mayo de 2000; 27 de febrero de 2001; y 30 de abril de 2002 que desestima como atenuante las graves lesiones sufridas por el sujeto pasivo como consecuencia de la apertura de varios paquetes de droga en el intestino y la infección acaecida tras la primera intervención quirúrgica efectuada en la zona, en cuyo fundamento jurídico segundo encontramos el siguiente razonamiento: “En el caso presente, la atenuante analógica apreciada por el Tribunal sentenciador no la relaciona con ninguna de las atenuantes típicas previstas en el art. 21 C.P., por lo que no cabe establecer siquiera comparación de

A lo largo del procedimiento de determinación penal que, desde la pena abstracta o *legal*, conduce a la pena concreta o *judicial*, el órgano jurisdiccional no sólo deberá someter su actuación a los anteriores principios sino que deberá ajustar la individualización de la pena a un orden de dosimetría sancionadora. Como primer paso, fijará la pena-base.<sup>503</sup> a continuación, en su caso, aplicará “el precepto especial moderador”; en tercer lugar, si se enfrenta a formas imperfectas de desarrollo o de participación secundaria, deberá

---

semejanza ni verificar la similitud con la idea genérica que informa esa ignorada atenuante específica, que, en su caso, permitiera la apreciación de la analogía. Pero es que el mismo razonamiento de la sentencia impugnada excluye esa posibilidad, porque los sufrimientos físicos producidos a la acusada como consecuencia directa e inmediata de su propia acción delictiva, en modo alguno disminuyen la culpabilidad de la misma en la ejecución de la conducta típica, de manera que ese “castigo extrapenal” y “metajurídico”, como lo califica la Audiencia, no guarda semejanza alguna con ninguna de las atenuantes legalmente tipificadas en el precepto penal aplicado, pues, por una parte, los padecimientos que reseña la sentencia, son sucesos posteriores al delito ajenos a la voluntad de la acusada que no pueden ser equiparables a las circunstancias post delictivas legalmente previstas que implican un reconocimiento por parte del agente de la vigencia de la norma violada o el propósito eficaz de remediar el daño causado, compensado así, al menos en parte, la culpabilidad del autor o la antijuridicidad de la acción, y que se establecen como atenuantes en el art. 21.4º y 5º C.P.; y, por otra, esos acaecimientos infortunados no afectan a la forma dolosa, consciente y voluntaria en que se realizó la conducta delictiva, por lo que ninguna incidencia tienen en la culpabilidad del autor del hecho punible ni en el desvalor de éste.” Cfr. LLORCA ORTEGA, J., *op. cit.*, p. 35.

<sup>502</sup> El artículo 72 del CP dispone que “los jueces o tribunales, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la impuesta.” La motivación debe de cumplir tres condiciones, “*existente, rigurosa y suficiente*”, esto obliga a exponer con detalle el razonamiento jurídico de la determinación de la pena, es decir, todas “las operaciones practicadas hasta llegar al castigo resultante, y, a su vez, (...), el por qué de la extensión de la pena definitivamente asignada al reo.” LLORCA ORTEGA, J., *op. cit.*, p. 38.

<sup>503</sup> El cálculo de la pena inferior y superior en grado se lleva a cabo de acuerdo con los artículos 71 y 72 del CP sobre el concepto de la *pena base*, esto es, aquella pena predeterminada por el legislador para cada figura delictiva. Con esta operación de degradación o elevación de la *pena base* el órgano judicial determina el suelo y techo de la nueva pena, es decir, la pena inferior o superior en grado, bien para una participación en el delito diferente a la autoría (complicidad), bien para un grado de desarrollo diferente a la consumación (tentativa), o bien para modificar la responsabilidad penal derivada de la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes en el supuesto concreto. Cfr. LLORCA ORTEGA, J., *op. cit.*, pp. 45-48

aplicar las reglas relativas a la tentativa y complicidad del Código Penal<sup>504</sup>; por último, si aprecia la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes en el sujeto infractor,<sup>505</sup> aplicará las reglas previstas en el código para los delitos dolosos, los delitos leves y los imprudentes.<sup>506</sup>

Estos principios informan también la determinación de la pena de multa<sup>507</sup>, que consiste “en la imposición al condenado de una sanción pecuniaria” y cuya aplicación, “salvo que la Ley diga otra cosa”, se efectúa por el sistema de días-multa<sup>508</sup>, por el que la pena es impuesta mediante la fijación de un periodo de tiempo (dentro de un mínimo y un máximo predeterminado por el legislador), y la asignación de una cuota de dinero a pagar por cada día del periodo impuesto por el órgano juzgador.<sup>509</sup>

---

<sup>504</sup> Artículos 62, 63 y 64 del CP.

<sup>505</sup> Artículo 65 del CP.

<sup>506</sup> Reglas recogidas en el artículo 66 CP, para las personas físicas, y en el artículo 66 bis del CP, para las personas jurídicas. *Cfr.* LLORCA ORTEGA, J., *op. cit.*, p. 39.

<sup>507</sup> La *pena legal* de multa recogida en el Código penal de 1995 puede ser “única”, es decir, cuando se prevé como una única pena para un concreto delito; puede ser “alternativa”, cuando se prevé junto con otra pena “de forma disyuntiva” por un mismo delito; o puede ser “conjunta”, esto es, cuando se prevé por el legislador “en unión” de otro u otros “castigos de distinta naturaleza en la penalidad de un delito”. *Cfr.* LLORCA ORTEGA, J., *op. cit.*, pp. 125 y 126

<sup>508</sup> *Vid.* artículo 50, apartados 1 y 2 del CP, que dispone el sistema de días-multa como regla general. El profesor LLORCA ORTEGA afirma el “carácter temporal” de todas las penas, “incluida la multa”, toda vez que el legislador optó por el sistema de días-multa como regla general, salvo la multa proporcional, prevista en el artículo 52 para determinados delitos. *Op. cit.*, p.18.

<sup>509</sup> *Ibidem.* El sistema de días-multa, de origen escandinavo, fue acogido por el legislador de 1995 y ha sido perfeccionado mediante algunas reformas legislativas operadas desde entonces. Así, por ejemplo, algunos de los defectos denunciados por la doctrina fueron subsanados por el legislador, como el artículo 51 del CP que, tras la modificación de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal (BOE núm. 283, 26/11/2003), permite al órgano judicial modificar el importe de las cuotas periódicas



Tal y como señalan doctrina<sup>510</sup> y jurisprudencia<sup>511</sup>, el sistema de días-multa se aplica en dos fases:<sup>512</sup> en primer lugar, su duración, que se determinará, motivadamente, en función de la gravedad del ilícito con una extensión mínima de 10 días y con una duración máxima de dos años para las personas físicas y de cinco años para las personas jurídicas;<sup>513</sup> en segundo lugar, su cuota, que deberá calcularse por días<sup>514</sup> y, exclusivamente, en atención a la situación

---

de multa tanto a la baja como al alza, si se produce una variación de la situación económica del penado.

<sup>510</sup> *Vid.* por ejemplo, el análisis específico de LLORCA ORTEGA, J., *op. cit.*, pp. 123-157, y el de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “La regulación de la pena de multa en el Código Penal Español de 1995”, publicado en *Estudios penales y criminológicos*, USC, vol. XX, 1997, pp. 225-286.

<sup>511</sup> “...la Sentencia condenatoria aplicó el sistema días-multa, introducido en el Código penal de 1995 siguiendo a otros ordenamientos de la Europa continental, como una forma de sanción pecuniaria que pretende reducir el impacto desigual sobre las personas y la dificultad de garantizar el pago efectivo. Su imposición exige al Juez o Tribunal una doble valoración: por un lado, la determinación de la extensión de la pena (art. 50.5 CP) atendiendo, básicamente, a la gravedad del delito y a las circunstancias modificativas de la responsabilidad, aplicando las reglas previstas en el mismo Código; y, por otro lado, la fijación del importe de las cuotas que corresponde satisfacer al condenado por cada período temporal, magnitud que se determina teniendo en cuenta exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos y obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales (art. 50.5 CP).” STC 196/2007, de 11 de septiembre, fundamento jurídico octavo. *Vid.* también la STC 108/2005, de 9 de mayo, fundamento jurídico segundo.

<sup>512</sup> No obstante, como señala LLORCA ORTEGA, “...de los dos elementos de este castigo – duración y cuantía económica– el legislador parece darle primacía al primero sobre el segundo, como se evidencia en el artículo 33, que clasifica la pena de multa en leve o menos grave en función del tiempo de duración y no de la cuantía.” LLORCA ORTEGA, J., *op. cit.*, p. 139.

<sup>513</sup> Números 3 y 5 del artículo 50 del CP. La modificación del CP efectuada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, ha trasladado la figura de la multa sustitutiva al ámbito de la suspensión de la pena; así, el legislador derogó el artículo 88 y modificó el artículo 84.1 con la siguiente redacción: “El juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas: (...) 2ª.- El pago de una multa, cuya extensión determinarán el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, que no podrá ser superior a la que resultase de aplicar dos cuotas de multa por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración.”

<sup>514</sup> Si bien el órgano judicial puede determinar la extensión de las multas en meses o incluso en años, deberá fijar la cuota de multa siempre en días, razón por la cual el legislador, a través del artículo 50.4, dispuso la siguiente norma: “A efectos de cómputo, cuando se fije la duración por



económica del sujeto derivada de su “patrimonio<sup>515</sup>, ingresos<sup>516</sup>, obligaciones y cargas familiares<sup>517</sup> y demás circunstancias personales del mismo<sup>518</sup>”; finalmente, en cuanto a los límites mínimos y máximos de la cuota, el legislador fijó un mínimo de 2 euros y un máximo de 400 euros para las personas físicas y de 30 y 5.000 euros, respectivamente, para las personas jurídicas.<sup>519</sup>

La segunda modalidad de multa de nuestro Código penal, recogida por el legislador para delitos determinados en el propio Código, es la multa

---

meses o por años, se entenderá que los meses son de treinta días y los años de trescientos sesenta.” *Cfr.* MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “La regulación...”, *cit.*, pp. 243 y 244, y LLORCA ORTEGA, J., *op. cit.* p.128

<sup>515</sup> “...tal alusión habrá de ser entendida como indicativa del «patrimonio bruto», si bien la ley deja sin delimitar el problema práctico fundamental para los tribunales, a saber, qué criterios habrán de ser utilizados para valorar el patrimonio del reo a los efectos de fijar la cuantía de la cuota.” MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “La regulación...”, *cit.*, p. 235.

<sup>516</sup> El término *ingresos* deberá también interpretarse como “ingresos netos”, por lo que “...no se limitarán a los provenientes del trabajo personal”, sino que “habrán de abarcar todos aquellos procedentes de cualquier otra fuente de riqueza”, incluidos aquellos rendimientos de carácter patrimonial “mobiliarios o inmobiliarios”. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “La regulación...”, *cit.*, p. 234.

<sup>517</sup> Tanto los “deberes legales” como las “obligaciones personales del autor”. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “La regulación...”, *cit.*, p. 235.

<sup>518</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ incluye en este concepto “...otras obligaciones de pago que gozan de cierta permanencia y que son necesarias para la vida diaria dentro de unos límites razonables, cuya procedencia tendrá que ser valorada en todo caso por el órgano judicial.”, “La regulación...”, *cit.*, p. 236.

<sup>519</sup> Números 4 y 5 del artículo 50 del CP. LLORCA ORTEGA hace también referencia al sistema de determinación de la cuota diaria de multa que obliga al órgano sentenciador a efectuar una “indagación compleja” y cita diversas sentencias del Tribunal Supremo por las que se han establecido criterios informadores de esta ardua labor judicial que “...requiere, en no pocas ocasiones, más tiempo que la propia investigación de los hechos penales”. Entre la abundante jurisprudencia citada por el autor, SSTs de 7 de abril y 7 de julio de 1999; 24 de febrero y 20 de noviembre de 2000; 12 de febrero, 11 de julio, 15 y 26 de octubre de 2001; 15 de marzo, 3 de junio, 24 de septiembre y 7 de noviembre de 2002. *Cfr.* LLORCA ORTEGA, J., *op. cit.*, pp. 129-132.

proporcional<sup>520</sup> que, a diferencia del sistema de días-multa, se rige por unidades económicas y no temporales<sup>521</sup> y su concreción resultará de parámetros vinculados, directamente, a la conducta ilícita del sujeto condenado; en la práctica, la individualización de la multa proporcional requerirá la intervención de técnicos que colaboren con el órgano judicial para evaluar “el daño causado, el valor objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo.”<sup>522</sup>

Después de la última modificación del libro II del Código penal de 1995<sup>523</sup>, la multa proporcional sigue vigente para los siguientes grupos de delitos:<sup>524</sup>

---

<sup>520</sup> El legislador de 1995 mantuvo la multa proporcional como excepción al sistema de días-multa para aquellos “delitos en los que subyace un contenido económico”, bien por los altos perjuicios que genera a terceros su comisión (v. gr., delitos contra la salud pública), bien por el abundante beneficio ilícito derivado de su comisión (v. gr., delitos contra el mercado), Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN, PÉREZ, C., “La regulación...”, *cit.*, pp. 250 y 251. Este autor expone las críticas que abogan por su supresión del código, en favor de la pena privativa de libertad y del comiso de los beneficios del delito, aunque se opone a éstas y defiende su mantenimiento ya que el legislador no sólo ha previsto la multa proporcional para delitos de cierta gravedad, sino que en algunos delitos se recoge como pena alternativa a la privación de libertad y, además, porque “...permite sobrepasar los límites máximos impuestos por el sistema de días-multa, sobre todo para ser aplicada a determinadas clases de delitos que generan relevantes beneficios y que son difíciles de recuperar por otros medios.” “La regulación...”, *cit.*, p. 252.

<sup>521</sup> Vid. la propuesta formulada por LLORCA ORTEGA para el cálculo de la pena inferior y superior en grado de la multa proporcional, en la que toma como unidad de medida el euro y aplica, de forma analógica, las reglas del artículo 70 del CP. Cfr. LLORCA ORTEGA, J., *op. cit.*, p. 47.

<sup>522</sup> Artículo 52.1, *in fine*, del CP. Cfr. LLORCA ORTEGA, J., *op. cit.*, pp. 132 y 133. Así expone LLORCA ORTEGA esta modalidad de multa porque el legislador tan solo estableció “...unos topes constituidos por tantos por cien o múltiplos de una cantidad, que, por el momento, es desconocida, pero que la conducta del condenado hará cierta. (...) Ahora bien, será necesario que en el proceso se concrete el monto del parámetro o módulo determinante de la multa proporcional.”

<sup>523</sup> Me refiero a la ya citada LO 1/2015, de 30 de marzo, que entró en vigor el 1 de julio de 2015 y que, además, derogó el libro III del CP, relativo a las faltas y sus penas.

<sup>524</sup> La multa proporcional ha sido mantenida, especialmente, para los casos de responsabilidad de las personas jurídicas, aunque también encontramos en el CP supuestos en los que la multa

1.- Tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o su trasplante.<sup>525</sup>

2.- Trata de seres humanos.<sup>526</sup>

3.- Delitos relativos a la prostitución, a la explotación sexual y corrupción de menores.<sup>527</sup>

4.- Delitos de estafas.<sup>528</sup>

5.- Delito de daños en datos y sistemas informáticos.<sup>529</sup>

6.- Delitos relativos al mercado y a los consumidores.<sup>530</sup>

---

sólo puede imponerse a personas físicas porque la comisión del delito exige la condición de funcionario público. Recordemos que el legislador español reconoció la responsabilidad penal de las personas jurídicas mediante la LO 5/2010, de 22 de junio, (BOE núm. 152, de 23/06/2010). Esta reforma introdujo el artículo 31 bis, cuyo número 1, tras la modificación de la LO 1/2015, dispone lo siguiente: “En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.”

<sup>525</sup> Artículo 156 bis del CP (personas jurídicas).

<sup>526</sup> Artículo 177 bis del CP (personas jurídicas).

<sup>527</sup> Artículo 189 bis del CP (personas jurídicas).

<sup>528</sup> Artículo 251 bis del CP (personas jurídicas).

<sup>529</sup> Artículos 264, 264 bis y 264 *quater* del CP.

7.- Delitos de corrupción en los negocios.<sup>531</sup>

8.- Delitos societarios.<sup>532</sup>

9.- Delitos de receptación y blanqueo de capitales.<sup>533</sup>

10.- Delitos de financiación ilegal de partidos políticos.<sup>534</sup>

11.- Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad social.<sup>535</sup>

12.- Delitos contra la ordenación del territorio y urbanismo.<sup>536</sup>

13.- Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente.<sup>537</sup>

14.- Delitos de riesgo provocados por explosivos y otros agentes.<sup>538</sup>

---

<sup>530</sup> Artículo 285 del CP.

<sup>531</sup> Artículos 286 bis, 286 ter y 288 del CP.

<sup>532</sup> Artículos 291 y 292 del CP.

<sup>533</sup> Artículo 301 del CP.

<sup>534</sup> Artículo 304 bis del CP.

<sup>535</sup> Artículos 305, 305 bis, 306, 307, 307 bis, 307 ter, 308 y 310 del CP.

<sup>536</sup> Artículo 319 del CP.

<sup>537</sup> Artículo 328 del CP (personas jurídicas).

<sup>538</sup> Artículo 348 del CP (personas jurídicas).

15.- Delitos contra la salud pública.<sup>539</sup>

16.- Falsificación de moneda y efectos timbrados.<sup>540</sup>

17.- Delitos de infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos.<sup>541</sup>

18.- Delito de cohecho.<sup>542</sup>

19.- Delito de tráfico de influencias.<sup>543</sup>

20.- Delitos de negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de sus funciones.<sup>544</sup>

21.- Delitos contra la Administración de Justicia de la Corte Penal Internacional.<sup>545</sup>

22.- Delitos de terrorismo.<sup>546</sup>

---

<sup>539</sup> Artículos 366, 368, 369, 369 bis, 370 y 371 del CP.

<sup>540</sup> Artículo 386 del CP.

<sup>541</sup> Artículo 418 del CP.

<sup>542</sup> Artículo 427 bis del CP (personas jurídicas).

<sup>543</sup> Artículos 428 y 429 del CP.

<sup>544</sup> Artículo 442 del CP.

<sup>545</sup> Artículo 471 del CP.

<sup>546</sup> Artículo 576 del CP.

En todos los supuestos anteriores, caracterizados por la gravedad de los daños o la importancia del beneficio ilícito obtenido, “...los jueces y tribunales impondrán la multa dentro de los límites fijados para cada delito, considerando para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente la situación económica del culpable.”<sup>547</sup>

La redacción no ofrece dudas, el órgano judicial debe tener en cuenta, “principalmente”, la situación económica del sujeto culpable y el *quantum* de la pena respetará los límites mínimo y máximo “fijados para cada delito” por el legislador; estas directrices jurídicas reducen notablemente el arbitrio judicial.<sup>548</sup>

LLORCA ORTEGA analiza este artículo y distingue entre “individualización legal” de la multa proporcional, cuyos límites han sido determinados por el legislador sobre la base del hecho delictivo (daños, objeto y beneficio), e “individualización judicial”, en la que rige como elemento determinante de la

---

<sup>547</sup> Artículo 52.2 del CP. La inclusión de la “situación económica del culpable” como parámetro de determinación de la multa proporcional provocó críticas entre la doctrina penal por la dificultad de su individualización en aquellos supuestos en los que la comisión del delito no genera beneficios al sujeto culpable pero sí graves daños a la comunidad. *Vid.* las críticas a esta redacción de MARTÍNEZ-BUJÁN, PÉREZ, C., *op. cit.*, p. 254, que cita a GRACIA MARTÍN, L., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, Valencia, 1996, p. 169.

<sup>548</sup> El órgano judicial debe individualizar el castigo desde la *pena base* y en atención a estos criterios: primero y con carácter principal, la situación económica del sujeto; segundo y en menor medida, la posible concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad o “accidentes del delito”. LLORCA ORTEGA, J., *op. cit.*, p. 135. Para profundizar sobre las consecuencias penales y procesales que se deducen de este párrafo en materia de dosimetría sancionadora y la aplicación de circunstancias atenuantes cuya excesiva fuerza degradatoria podría “romper” los límites legales de la multa proporcional *vid.* LLORCA ORTEGA, J., *op. cit.*, pp. 134-137.



cuantía final la situación económica del culpable, a modo de “factor preponderante y superior” frente a las circunstancias ordinarias concurrentes en el ilícito y otorga al órgano judicial, a salvo de los supuestos de degradación y elevación de la pena base, un amplio margen de apreciación y arbitrio.<sup>549</sup>

Bajo esta interpretación y a diferencia del sistema de días-multa, la multa proporcional no precisa su división en dos mitades con la finalidad de apreciar la posible concurrencia de circunstancias ordinarias en la conducta delictiva y determinar la pena judicial de acuerdo con los criterios generales establecidos en el Código Penal<sup>550</sup>. El legislador dispuso la individualización judicial de la multa proporcional, “aun siendo una pena aritméticamente divisible”, sobre la prevalencia de la situación económica del sujeto inculpado y habilitó al órgano sentenciador para recorrer toda la extensión de la multa, desde su límite mínimo hasta su límite máximo, y fijar una concreta cuantía sobre la base de esta situación y sin el peso de las posibles circunstancias agravantes o atenuantes que acompañasen al ilícito.<sup>551</sup>

---

<sup>549</sup> Cfr. LLORCA ORTEGA, J., *op. cit.*, pp. 134-136. “No hay duda alguna que, cuando el legislador se refiere, en el propio artículo 52.2, a «las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho», alude a las ordinarias o, por mejor decir, a las que producen efectos ordinarios (...), esto es aquellas cuyo influjo se mueve (...) dentro de la extensión en que la Ley permite imponer la multa proporcional en cuestión (reglas 1ª, 2ª y 3ª del artículo 66). La duda se plantea respecto de aquellas circunstancias que rompen los límites sancionadores, esto es aquellas que, por su fuerza degradatoria, son capaces de romper la extensión en que la Ley permite imponer la multa proporcional, como son la atenuante muy cualificada de la regla 2ª del artículo 66, y la atenuante de eximente incompleta, del artículo 68”. *Op. cit.*, pp. 136-137.

<sup>550</sup> Artículos 66 y 66 bis del CP para las personas físicas y jurídicas, respectivamente.

<sup>551</sup> Cfr. LLORCA ORTEGA, J., *op. cit.*, p. 140. “Así, v. gr., concurriendo dos agravantes y no estando vinculado el órgano judicial a la regla 3ª del artículo 66, podrá imponer la multa proporcional en su límite mínimo si así lo estima procedente atendiendo a la modesta situación económica del sujeto.” *Ibidem*.

La metodología judicial del sistema de días-multa, para proceder al cálculo de una concreta extensión de la multa, guarda semejanza con el cálculo de la cuantía de multa llevado a cabo en el procedimiento administrativo sancionador, puesto que, inicialmente, el órgano judicial tiene que dividir la extensión de su duración de forma proporcional a sus límites legales y, a continuación, elegir una duración concreta para ese ilícito, dentro de la mitad inferior o superior resultante, en función de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal concurrentes en el delito.

Obviamente, apreciamos también aquí los matices existentes entre ambas ramas del *ius puniendi*. Una primera disimilitud con la multa administrativa, está en la posterior determinación judicial de la cuantía diaria de la multa penal, que se realizará “...teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo.”<sup>552</sup>

---

<sup>552</sup> Si bien el legislador dispuso a través del artículo 131.2 de la LRJPAC que “el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas”, no previó, como criterio específico para la determinación de la sanción, ni la situación económica del sujeto infractor, ni el posible beneficio ilícito derivado de su conducta. En este sentido, aunque la mayoría de las leyes de los diferentes sectores recogen el beneficio ilícito como circunstancia modificativa de la responsabilidad administrativa del sujeto infractor, considero necesaria una sustitución de la vigente regulación del régimen básico de la potestad sancionadora de las administraciones públicas por una ley completa y específica para esta materia, que le otorgue la precisión y exhaustividad suficiente para su aplicación con rigor, así como una mayor garantía a los ciudadanos, acorde con su trascendencia y condición de Derecho punitivo, a imagen y semejanza de la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco (BOPV núm. 48, de 11/03/1998, y BOE núm. 308, de 23/12/2011), que contempla las ganancias derivadas de la infracción, bien como criterio para la determinación de la sanción, bien como “...consecuencia accesoria consistente en el decomiso de los efectos provenientes de la infracción, de los instrumentos con que se haya ejecutado, de los objetos que constituyan su soporte material y de las ganancias derivadas de la misma, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran

Pero la gran diferencia entre la multa administrativa y la multa penal, ya se trate de una multa procedente del sistema de días-multa o de una multa proporcional, radica en el artículo 25.3 de nuestra Constitución: “La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.” De acuerdo con este precepto ninguna multa administrativa, al margen de su cuantía, podrá ser sustituida por una sanción que pudiera suponer privación de libertad al sujeto inculcado.<sup>553</sup>

Por el contrario, en el Derecho penal, sí es posible realizar tal sustitución, como reconoce el Código penal<sup>554</sup> para aquellos supuestos en los que el sujeto condenado no haga efectiva la multa, bien voluntariamente, bien por la vía de ejecución forzosa.<sup>555</sup> “Si el condenado no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que, tratándose de delitos leves, podrá cumplirse mediante localización permanente.”<sup>556</sup>

---

podido experimentar, salvo que éstas o aquéllos pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable de la infracción que los haya adquirido legalmente”. (Artículo 11 de la Ley 2/1998).

<sup>553</sup> Así lo reprodujo el legislador en el artículo 131.1 de la LRJPAC relativo al principio de proporcionalidad: “Las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, en ningún caso podrán implicar, directa o subsidiariamente, privación de libertad.”

<sup>554</sup> Artículo 52 del CP.

<sup>555</sup> Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “La regulación...”, *cit.*, pp. 255-277 y LLORCA ORTEGA, J., *op. cit.*, pp. 145-157.

<sup>556</sup> Artículo 53.1 del CP

A pesar de las dudas que parte de la doctrina planteó acerca de la posible inconstitucionalidad de esta pena privativa de libertad<sup>557</sup>, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ<sup>558</sup> defiende su legitimidad y adecuación a la CE porque el legislador de 1995 incorporó en este artículo las “sugerencias”<sup>559</sup> contenidas en la STC 19/1988, de 16 de febrero, que, por otra parte, declaró constitucional el “arresto sustitutorio” previsto en el Código anterior<sup>560</sup>, dada su conformidad con los principios de igualdad<sup>561</sup> y proporcionalidad de las penas<sup>562</sup>:

---

<sup>557</sup> Con anterioridad al CP de 1995 se discutió su naturaleza de pena, pero el legislador la incluyó en los artículos 33.5 y 35 del CP, por lo que le atribuyó, expresamente, la condición de pena privativa de libertad. *Cfr.* MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “La regulación...”, *cit.*, pp. 258-260.

<sup>558</sup> *Cfr.* “La regulación...”, *cit.*, pp. 255-258.

<sup>559</sup> Sugerencias y recomendaciones como la inclusión del arresto de fin de semana y los trabajos en beneficio de la comunidad. *Cfr.* “La regulación...”, *cit.*, p. 257. Además, tras la reforma operada por la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, el legislador admitió la posibilidad de cumplir la responsabilidad penal subsidiaria mediante la pena de localización permanente en los delitos clasificados como leves (artículo 53.1 del CP).

<sup>560</sup> El artículo 91 del Código penal de 1973 (texto refundido), disponía lo siguiente: “Si el condenado, una vez hecha excusión de sus bienes, no satisficiera la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal y subsidiaria que el Tribunal establecerá según su prudente arbitrio, sin que en ningún caso pueda exceder de seis meses cuando se hubiese procedido por razón de delito, ni de quince días cuando hubiese sido por falta. El cumplimiento de dicha responsabilidad subsidiaria extingue la obligación de pago de la multa, aunque el reo mejore de fortuna. Esta responsabilidad subsidiaria no se impondrá al condenado a pena privativa de libertad por más de seis años.”

<sup>561</sup> *Vid.* el fundamento jurídico sexto de la STC 19/1988, de 16 de febrero.

<sup>562</sup> *Vid.* los fundamentos jurídicos séptimo y octavo de la STC 19/1988, de 16 de febrero. Más recientemente y en este mismo sentido se pronunció el Tribunal Constitucional en las SSTC 234/2007, de 5 de noviembre (FJ 5º) y 68/2011, de 16 de mayo, (FJ 5º): “Ciertamente, como este Tribunal señalara en su STC 19/1988, de 16 de febrero (en relación entonces con la regulación de la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el art. 91 CP 1973, en redacción introducida por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio), que «la sola previsión en la ley penal de una responsabilidad personal como subsidiaria de la pena de multa ineficaz no entraña, en suma, conculcación del derecho fundamental de libertad personal, ni menosprecio de tal derecho, al hacerle objeto de la sanción que no pudo alcanzar al patrimonio del condenado. Como en los supuestos en los que la misma ley penal establece alternativamente, para un mismo ilícito, penas patrimoniales o de privación de libertad la norma no pretende establecer equivalencias abstractas entre los bienes objeto de la condena, sino atender a exigencias de

“En el presente caso, sin embargo, no estamos enjuiciando la previsión normativa de una medida que se oriente como tal a un fin singular respecto del cual pudiera medirse, a través de un criterio de adecuación, la proporcionalidad de la medida misma. Estamos considerando la constitucionalidad de una responsabilidad personal dispuesta por la ley penal, que tiene, por tanto, su fundamento material en la reacción prevista por el ordenamiento frente a su contravención, sin perjuicio de que la medida en cuestión venga a sustituir, con un común fundamento sancionador, a la pena de multa inejecutable, procurando así la Ley -y éste es, desde luego, un fin constitucionalmente inobjetable- que no queden sin sanción delitos o faltas por la circunstancia de que la pena establecida pueda resultar inefectiva sobre algunos de los responsables del ilícito.

Es cierto que frente a los casos de insolvencia pueden concebirse respuestas normativas distintas a la que hoy recoge el art. 91 del Código Penal, aunque también lo es que tales hipotéticas alternativas legales - de no aceptarse la pura y simple exención de toda sanción- han de incidir, de un modo u otro, sobre la persona. En todo caso, este Tribunal

---

política criminal, inobjetables en sí mismas, consistentes ya en la más correcta individualización judicial de la pena, ya ... en la predisposición de una sanción sustitutiva de la que, impuesta con carácter principal, resultó de ejecución imposible» (STC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 5). A la misma conclusión cabe llegar respecto a la regulación de la responsabilidad personal subsidiaria prevista en los arts. 33.5, 35 y 53 CP de 1995, tanto en su redacción inicial como en la resultante de la reforma introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de suerte que la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa prevista en nuestra legislación penal no entraña, per se, vulneración del derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE)”.

no ha de hacer las veces de legislador ni puede, específicamente, considerar arbitrarias las determinaciones de éste cuando las mismas, no expresamente prohibidas por la Constitución, tienen su fundamento, como en el presente caso ocurre, en la previa apreciación de la responsabilidad criminal de quien quebrantó la ley penal, sin que -como se dijo- sea aquí posible, por las propias características de la norma enjuiciada, ponderar la proporción entre la medida legalmente prevista y el daño inferido en el bien penalmente tutelado (...)

En suma, la norma enjuiciada no puede considerarse inconstitucional por desproporcionada, rodeada, como está, del conjunto de paliativos y de suavizaciones con que nuestro legislador penal la adorna y dado el conjunto de variantes dejados a la decisión del Tribunal, con el fin de adecuar sus consecuencias a las características de cada caso, decisión, que, como hemos dicho, no pertenece a su libre discreción, sino que debe ser adoptada en virtud de una ponderada interpretación del conjunto del ordenamiento y de los valores defendidos por la Constitución.”<sup>563</sup>

Quiero también hacer una breve referencia a la duración de esta pena subsidiaria, ya que el Código penal de 1995 prevé dos modalidades

---

<sup>563</sup> STC 19/1988, de 16 de febrero, fundamento jurídico octavo. LLORCA ORTEGA fundamenta esta pena, de carácter subsidiario, sobre “razones de política criminal y de pragmatismo jurídico” que la convierten en un instrumento jurídico indispensable para el cumplimiento del castigo impuesto a aquellos sujetos que se declaren insolventes. *Cfr.* LLORCA ORTEGA, J., *op. cit.*, p. 146.



contrapuestas de determinación judicial: por un lado, dispone su determinación con respecto a los impagos derivados del sistema de días-multa y, por otro, establece una segunda modalidad para los impagos de multas determinadas a través del sistema proporcional.<sup>564</sup> De esta manera, para las multas que han sido impuestas mediante el sistema de días-multa, el legislador estableció una modalidad tasada o reglada de determinación de la responsabilidad personal subsidiaria equivalente a “un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas”, es decir, no reconoció oportunidad alguna para el arbitrio judicial, más allá de la determinación de la multa objeto del impago;<sup>565</sup> sin embargo, el mismo precepto otorga un amplio arbitrio al órgano judicial para la determinación de su duración de la responsabilidad personal subsidiaria por impago, cuando la multa haya sido individualizada mediante el sistema proporcional: “En los supuestos de multa proporcional los Jueces y Tribunales establecerán, según su prudente arbitrio, la responsabilidad personal subsidiaria que proceda, que no podrá exceder, en ningún caso, de un año de duración. También podrá el Juez o Tribunal acordar, previa conformidad del penado, que se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad.”<sup>566</sup>

Así, la regulación del vigente Código penal acerca de la duración de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de una multa proporcional se caracteriza porque combina el otorgamiento de un amplio margen de arbitrio

---

<sup>564</sup> LLORCA ORTEGA, J., *op. cit.*, p. 148.

<sup>565</sup> Artículo 53.1 del CP.

<sup>566</sup> Artículo 53.2 del CP.

judicial para su determinación, con la imposición de un límite legal máximo de 1 año, que no deberá ser superado “en ningún caso”, es decir, ni siquiera en aquellos supuestos en los que el órgano judicial imponga al mismo sujeto más de una multa proporcional.<sup>567</sup>

Pero, ¿cuál es el límite entre el arbitrio judicial y la arbitrariedad en la determinación de la pena?<sup>568</sup> La mayor o menor capacidad de arbitrio judicial en la determinación de las penas ha sido objeto de discusión por la doctrina penal desde Beccaría (siglo XVIII)<sup>569</sup>, hasta nuestros días. Por un lado tenemos la justicia del legislador, es decir, la justicia en sentido estricto, de carácter general y como una “idea del Derecho anterior y superior a la ley”; su meta es la igualdad, ya en sentido absoluto (*“justicia conmutativa”*), ya en sentido proporcional (*“justicia distributiva”*).<sup>570</sup> Por otro lado está la justicia que va más allá de lo general, es decir la justicia individual, que busca “el caso concreto y el individuo concreto, en su individualidad”, es decir, la justicia cuya meta es la

---

<sup>567</sup> Esta es la interpretación de LLORCA ORTEGA, motivada por el “...texto de la ley, que es tajante al ordenar que la indicada responsabilidad personal, «en ningún caso», podrá exceder de un año de duración. Por otra parte, al haber establecido el legislador, a mi juicio, un verdadero límite o tope, esto es un régimen específico de moderación sancionadora, el régimen general de la acumulación jurídica resulta inaplicable.” LLORCA ORTEGA, J., *op. cit.*, p. 153.

<sup>568</sup> Sobre el principio de legalidad como límite del arbitrio judicial *vid.* RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Principio de legalidad y arbitrio judicial”, AFDUAM, núm. 1, La vinculación del Juez a la Ley, BOE, 1997, pp. 279-296.

<sup>569</sup> El artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 dispone lo siguiente: “La Ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y tan sólo se puede ser castigado en virtud de una Ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente.”

<sup>570</sup> *Cfr.* RADBRUCH, G., *op. cit.*, p. 31. El jurista alemán relaciona la *justicia conmutativa* con el Derecho privado porque “presupone la existencia de dos personas jurídicamente equiparadas entre sí”, mientras que reserva la *justicia distributiva* para el ámbito del Derecho público, “que rige entre personas supraordinadas y subordinadas”. *Op. cit.*, p. 32.

“equidad” y cuyo lado más extremo resulta imposible alcanzar por medio de la ley, dada su vocación de norma general.<sup>571</sup> Desde esta idea de justicia, en su vertiente más estricta de igualdad y, por consiguiente, de generalidad y abstracción, nace la justicia subjetiva, es decir, “la justicia como virtud”, como “cualidad personal, por ejemplo, del juez justo”, cuya meta será “la realización de la justicia objetiva y es a ésta lo que la veracidad es a la verdad”<sup>572</sup>; es aquí donde considero que tiene cabida el arbitrio judicial.

El debate no ha sido estéril y ha dado lugar a dos principios que considero imprescindibles en esta materia: legalidad y proporcionalidad. Es el propio BECCARÍA quien puso las bases para la elaboración del principio de legalidad, dado que opta por un sistema de determinación de la pena basado en dos pilares: primero, el peso de la pena legal sobre la judicial<sup>573</sup>, en aras al principio

---

<sup>571</sup> *Ibidem.*

<sup>572</sup> RADBRUCH, G., *op. cit.*, p. 31.

<sup>573</sup> BECCARÍA rechaza el arbitrio judicial en la determinación de las penas y señala al legislador como única autoridad legítima para establecer las penas correspondientes a cada delito porque es el único “depositario de las actuales voluntades de todos” y los jueces, que forman parte de la sociedad y no son legisladores, solamente deberán juzgar si las conductas objeto del proceso penal son constitutivas de delito. *Cfr.* BECCARÍA, C., *op. cit.*, pp. 95-97. Estamos ante los cimientos del principio de legalidad, que surge en respuesta a los abusos del arbitrio judicial y la inseguridad jurídica del ciudadano en el Antiguo Régimen, tal y como describe el profesor GONZÁLEZ GUITIÁN en su análisis sobre el pensamiento del ilustre penalista: “Ante la situación de inseguridad jurídica derivada del excesivo arbitrio judicial, se establece que el delito debe nacer únicamente de la ley penal y que la ley penal debe provenir únicamente del legislador y abarcar por igual a todas las personas. La primacía absoluta de la ley entre todas las fuentes del derecho le lleva a afirmar que el «despotismo de las leyes» es el reflejo de la máxima libertad política. Este primer paso para la formulación del principio de legalidad y con él de una de las garantías básicas del ciudadano, se complementa —también como reacción ante la situación entonces vigente— con una fuerte restricción de la facultad interpretadora del juez: «no hay cosa más peligrosa que ese común axioma de que es necesario consultar el espíritu de la ley», siguiendo la célebre frase de Bacon: «óptima es la ley que deja el mínimo arbitrio al juez; óptimo es el juez que se deja el mínimo arbitrio a sí mismo».” GONZÁLEZ GUITIÁN, L.,

de seguridad jurídica y, en segundo lugar, su carácter objetivo, es decir, propuso una graduación legislativa basada en el bien jurídico ofendido y no en las características ni intenciones del sujeto infractor.<sup>574</sup> Del mismo modo, BECCARÍA abogó por la proporcionalidad de las penas, dada la incesante agravación de los castigos penales en su época, cuestión que llamó lo suficientemente su atención como para invocar la elaboración de una escala de penas en atención a la gravedad de los delitos.<sup>575</sup>

“Si la geometría fuese adaptable a las infinitas y oscuras posibilidades de las acciones humanas, debería haber una escala correspondiente de penas, que disminuyese de las más duras hasta las más ligeras: con todo al sabio legislador le bastaría con señalar sus puntos principales, sin perturbar el orden, no decretando en contra de los delitos del primer grado las penas del último.”<sup>576</sup>

No obstante, a día de hoy, cuando los principios de legalidad y proporcionalidad de las penas tienen plena vigencia constitucional, debemos apreciar el valor del arbitrio judicial y separarlo de la arbitrariedad, prescrita

---

“La más alta preocupación del príncipe”, *Estudios Penales y Criminológicos*, USC, vol. XXXI, 2011, pp. 206-229.

<sup>574</sup> BECCARÍA excluye de los criterios para la graduación de la pena legal la intencionalidad del sujeto, ya que “sería necesario formar no sólo un código particular para cada ciudadano sino una nueva ley para cada delito” BECCARÍA C., *op. cit.*, p. 103.

<sup>575</sup> *Cfr. op. cit.* p. 100.

<sup>576</sup> BECCARÍA, C., *op. cit.*, p. 101.

para todos los poderes del Estado por nuestra Constitución<sup>577</sup>. Aunque la arbitrariedad esté también ligada al “sentimiento jurídico”, su ejercicio implica una actuación ilegal, es decir, resulta contraria a Derecho.<sup>578</sup> Por el contrario, el arbitrio judicial es una facultad que el poder legislativo concede a los órganos judiciales para elegir, de forma proporcional, entre las diversas opciones recogidas en la ley; bien para la apreciación de una prueba; bien para la apreciación de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal; bien para la individualización de la pena judicial, de acuerdo con las reglas de determinación contenidas en el Código penal y dentro de los límites mínimo y máximo fijados por el legislador para la pena legal del delito correspondiente.

A mi juicio, la Constitución española traza una línea roja que separa la arbitrariedad del arbitrio judicial<sup>579</sup> y se proyecta sobre las actuaciones judiciales a través de las condiciones exigidas en el artículo 120 de la Constitución<sup>580</sup>, muy especialmente, en lo que a la obligación de motivar las

---

<sup>577</sup> Artículo 9.3 de la CE: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.”

<sup>578</sup> “La sombra no ha precedido a la luz, la arbitrariedad no ha podido existir antes que el Derecho. Noción puramente negativa, la arbitrariedad supone, como antítesis, el Derecho, del cual es la negación. No hay arbitrariedad si antes el pueblo no ha reconocido la fuerza bilateralmente obligatoria de las normas públicas. (...) Sólo siente la arbitrariedad aquel que tiene vivo el sentimiento del Derecho, y únicamente en proporción a la energía de ese sentimiento.” IHERING, R., *op. cit.*, pp. 225 y 226.

<sup>579</sup> El Tribunal Constitucional en las SSTC 24/1990, de 15 de febrero (FJ 4º) y 108/2001, de 23 de abril (FJ 2º), describe la interdicción de la arbitrariedad como “...la necesidad de evidenciar que el fallo de la resolución no es un simple y arbitrario acto de voluntad del juzgador, sino una decisión razonada en términos de Derecho”.

<sup>580</sup> Artículo 120 CE: 1. Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento. 2. El procedimiento será predominantemente oral, sobre

sentencias se refiere que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, persigue un doble objetivo:<sup>581</sup>

- a) Primero: reforzar el principio de seguridad jurídica mediante la exposición de “las reflexiones racionales que han conducido al fallo”, lo que permite a las partes “conocer y convencerse de la corrección y justicia de la decisión”.<sup>582</sup>
- b) Segundo: garantizar los principios de legalidad y tutela judicial efectiva<sup>583</sup>, porque la motivación de la sentencia facilita “el control de la resolución por los Tribunales superiores mediante los recursos que procedan, incluido el amparo”.<sup>584</sup>

---

todo en materia criminal. 3. Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública.

<sup>581</sup> Jurisprudencia constitucional plenamente consolidada a través de numerosas sentencias, entre las que podemos citar las siguientes: SSTC 23/1987, de 23 de febrero (FJ 3º); 159/1989, de 6 de octubre (FJ 6º); 63/1990, de 2 de abril (FJ 2º); 101/1992, de 25 de junio (FJ 2º); 55/1993, de 15 de febrero (FJ 5º); 22/1994, de 27 de enero (FJ 2º); 5/1995, de 10 de enero (FJ 3º); 180/1998, de 17 de septiembre (FJ 3º); 47/1998, de 2 de marzo (FJ 5º); 215/1998, de 11 de noviembre (FJ 3º); 206/1999, de 8 de noviembre (FJ 3º); 131/2000, de 16 de mayo (FJ 2º); 133/2000, de 16 de mayo (FJ 2º); 139/2000, de 29 de mayo (FJ 4º); y 187/2000, de 10 de julio (FJ 2º).

<sup>582</sup> STC 68/2011, de 16 de mayo, fundamento jurídico cuarto.

<sup>583</sup> Vid. DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, G., “El derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión”, publicado en *Crónicas de jurisprudencia constitucional*, Jornada XIX, El Burgo de Osma (Soria), 2013, pp. 22-51. Disponible en la siguiente dirección de internet: <https://www.altc.es/Jornadas/Paginas/DocCronicas.aspx>

<sup>584</sup> STC 68/2011, de 16 de mayo, fundamento jurídico cuarto.



Empero, el Tribunal Constitucional aclara que, si bien la motivación de las sentencias, además de un deber del órgano judicial, constituye “un derecho de los intervinientes en el proceso que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado por el artículo 24.1 CE”,<sup>585</sup> ese derecho no comprende “una determinada extensión de la motivación jurídica, ni un razonamiento explícito exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes pueden tener de la cuestión sobre la que se pronuncia la decisión judicial.”<sup>586</sup>

Sin embargo, este deber se intensifica en aquellos supuestos en los que la intervención judicial limita derechos fundamentales de los ciudadanos, como ocurre en los procesos penales que concluyen con la imposición de una pena privativa de libertad:

“No obstante, el canon de la motivación deviene más riguroso cuando el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra conectado con otro derecho fundamental, como el derecho a la libertad personal, especialmente en el caso de las Sentencias penales condenatorias, en las cuales el deber de motivación incluye la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, así como la pena finalmente impuesta, respecto de la cual «será el margen de arbitrio judicial del que,

---

<sup>585</sup> STC 2/2006, de 16 de enero, fundamento jurídico séptimo.

<sup>586</sup> STC 37/2001, de 12 de febrero, fundamento jurídico sexto. En este mismo sentido se pronuncian, entre otras, las SSTC 13/1987, de 5 de febrero (FJ 3º); STC 14/1991, de 28 de enero (FJ 2º); STC 121/1991, de 3 de junio (FJ 2º); 122/1991, de 3 de junio (FJ 2º); 122/1994, de 25 de abril (FJ 4º); y STC 68/2011, de 16 de mayo (FJ 4º).

en cada caso, goce el Juez para imponer la pena que corresponda al delito cometido, la medida de la motivación constitucionalmente exigible» (STC 108/2001 de 23 de abril; FJ 3º).<sup>587</sup>

De acuerdo con esta doctrina, cuando el proceso judicial pudiera limitar derechos fundamentales de los ciudadanos el derecho a la tutela judicial efectiva exigirá un “canon reforzado” de motivación que, el propio Tribunal Constitucional describió como “...un plus de motivación que hace referencia a criterios de orden cualitativo y no cuantitativo (por todas STC 196/2002, de 28 de octubre), al ser perfectamente posible que existan resoluciones judiciales que satisfagan las exigencias del meritado art. 24.1 CE, pues expresen las razones de hecho y de derecho que fundamenten la medida acordada, pero que, desde la perspectiva del libre ejercicio de los derechos fundamentales, no exterioricen o manifiesten de modo constitucionalmente adecuado las razones justificativas de las decisiones adoptadas (STC 292/2005, de 10 de noviembre, FJ 2, citando a su vez el ATC 412/2004, de 2 de noviembre, FJ 5).”<sup>588</sup>

Así, por ejemplo, la STC 148/2005, de 6 de junio, declaró vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a una resolución judicial suficientemente motivada, en cuanto a la medida de la pena de prisión

---

<sup>587</sup> STC 68/2011, de 16 de mayo, fundamento jurídico cuarto.

<sup>588</sup> STC 206/2012, de 12 de noviembre, fundamento jurídico quinto, relativa a un proceso de extradición.

impuesta a un ciudadano por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sentencia de 7 de octubre de 2002):<sup>589</sup>

“La simple mención por la Sentencia dictada en apelación de las pautas contenidas en el mencionado art. 66.1 CP no puede, sin embargo, considerarse motivación suficiente de la imposición del grado máximo de la pena prevista en el art. 242.3 CP. Se trata, por el contrario, de un simple recurso estilístico que aquí aparece vacío de contenido, (...)”

La ausencia de toda referencia a esos elementos objetivos y subjetivos, cuya valoración exige el citado precepto para medir el tiempo exacto de privación de libertad que los Jueces y Tribunales de la jurisdicción penal están autorizados a imponer por un hecho legalmente descrito como delito, conduce necesariamente a concluir que no se ha cumplido en este caso con el requisito, asimismo contenido en dicha norma penal, de razonar en la Sentencia los motivos determinantes de tal decisión en función de los indicados parámetros de valoración.”<sup>590</sup>

---

<sup>589</sup> El Tribunal Constitucional declaró nula la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona por un “déficit de motivación en lo tocante a la determinación en concreto de la pena impuesta al demandante de amparo, y de la consiguiente lesión de su derecho a la tutela judicial efectiva” y ordenó “la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de su dictado a fin de que la Sala proceda a motivar debidamente la extensión temporal de dicha pena con arreglo a los criterios de valoración anteriormente mencionados.” STC 148/2005, de 6 de junio, fundamento jurídico quinto.

<sup>590</sup> STC 148/2005, de 6 de junio, fundamento jurídico cuarto. La exigencia de un “canon más riguroso” del deber de motivación de las sentencias en el proceso penal, como garantía de la tutela judicial efectiva de los ciudadanos es doctrina consolidada por el Tribunal Constitucional que podemos encontrar, entre otras, en las siguientes SSTC: 193/1996, de 26 de noviembre (FJ 3º); 43/1997, de 25 de enero (FJ 2º); 81/1997, de 22 de abril (FJ 4º); 47/1998, de 2 de marzo (FJ 6º); 116/1998, de 2 de junio (FJ 4º); 5/2000, de 17 de enero (FJ 2º); 108/2001, de 23 de abril (FJ

En consecuencia, el órgano judicial en ejercicio de su “prudente arbitrio” deberá, primero, ceñirse a la ley, optando por una determinación compatible con los parámetros establecidos previamente por el legislador<sup>591</sup> y, a continuación, determinar la gravedad de una pena que resulte proporcionada a los perjuicios ocasionados por la conducta ilícita y a las circunstancias –objetivas y subjetivas– concurrentes en el supuesto de hecho en cuestión. Por último, la resolución judicial deberá motivar la concreta individualización judicial<sup>592</sup> de la pena de conformidad con los principios de legalidad y proporcionalidad y revestirá, en todo caso la forma de sentencia<sup>593</sup>.

---

3°); 5/2002, de 14 de enero (FJ 2°); 209/2002, de 11 de noviembre (FFJJ 3° y 4°); 20/2003, de 10 de febrero (FFJJ 5° y 6°); y 108/2005, de 9 de mayo (FJ 2°). Otras SSTC más recientes, que mantienen la exigencia de una motivación reforzada en aras al derecho a la tutela judicial efectiva “cuando la resolución judicial incida en derechos constitucionalmente reconocidos”, *vid.* SSTC 205/2012, de 12 de noviembre (FJ 4°); 206/2012, de 12 de noviembre (FJ 5°); y 232/2012, de 10 de diciembre (FJ 3°). *Cfr.* DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, G., *op. cit.*, p. 49.

<sup>591</sup> Como señala la STC 196/2007, de 11 de septiembre, en su fundamento jurídico séptimo, “...en un sistema legal de determinación de la pena caracterizado por la estrecha vinculación del Juez a la ley, el arbitrio judicial se encuentra fuertemente limitado y poco espacio queda para la motivación judicial, en la medida en que ésta se erige en expresión de la racionalidad de la decisión y, por tanto, en excluyente de la arbitrariedad judicial.” *Vid.* también la STC 108/2001, de 23 de abril (FJ 3°).

<sup>592</sup> DEMETRIO CRESPO describe las cinco fases del proceso de individualización judicial de la pena propuestas por BRUNS, H.-J., sobre la base del concepto clásico de “fundamento individualizador de la pena” elaborado por SPENDEL, G., el cual comprende tres fundamentos que deberían estar perfectamente interrelacionados: primero, un “fundamento real” (antecedentes y circunstancias de los hechos que deben ser tenidos en cuenta por el órgano judicial); segundo, un “fundamento final” (fin de la pena); y tercero, un “fundamento lógico” (relación entre los dos anteriores fundamentos y la propia individualización judicial). Así las cosas, la estructura de la individualización judicial propuesta por BRUNS se compone de las siguientes fases: “a) ajuste a los fines de la pena; b) averiguación de los factores de hecho relevantes para la individualización de la pena; c) determinación de la dirección valorativa de los factores reales; d) ponderación de las circunstancias de la individualización de la pena entre sí; e) clasificación del caso en la escala de penas del marco penal previo.” DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención...*, *cit.*, pp. 45 y 46.

<sup>593</sup> “Por otra parte, la decisión judicial sobre la pena concreta que haya de ser impuesta se adopta siempre en Sentencia, en la que ha debido argumentarse adecuadamente sobre la prueba del hecho delictivo, la participación que en él haya tenido el que resulte condenado y las diversas vicisitudes que hayan podido concurrir en el delito y en la persona a la que éste se le imputa.

Otro ejemplo de arbitrio judicial para la determinación de la pena fijada por la ley lo tenemos en el Código penal cuando prevé, para los autores de tentativa de delito, una pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito consumado, “en *la extensión que se estime adecuada*, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado.”<sup>594</sup> Ante estos supuestos y con el propósito de justificar un ejercicio prudente de su facultad, el órgano judicial deberá, por un lado, recoger todas las circunstancias objetivas y subjetivas en la sentencia, las objetivas o “fácticas” debidamente probadas y las subjetivas o “internas” adecuadamente justificadas, por otro, deberá expresar la decisión de moderar la pena y su “raciocinio”.<sup>595</sup>

Aunque la tarea del legislador resulta fundamental en el camino hacia la determinación de la pena judicial<sup>596</sup>, al margen de la concesión o no de un posible arbitrio judicial, tal y como describen RAMOS TAPIA y WOISCHNIK, en un Estado de Derecho “el legislador penal no es absolutamente libre en la

---

Así pues, la pena se impone siempre en una resolución en la que la existencia del delito, su gravedad, y la participación en él del que resulte condenado han debido describirse y motivarse adecuadamente (ATC 204/1996, de 22 de enero, FJ 3º).” STC 196/2007, de 11 de septiembre, fundamento jurídico séptimo.

<sup>594</sup> Artículo 62 del CP.

<sup>595</sup> Cfr. LLORCA ORTEGA, J., *op. cit.*, p. 65. En definitiva, “[e]l tribunal es totalmente libre respecto del «cuando» se ha de mantener la pena o se ha de degradar la misma, pero no lo es del «como» ha de realizarse el ascenso o el descenso.” *Ibidem*.

<sup>596</sup> “Al legislador corresponde seleccionar los bienes jurídicos que merecen protección penal dentro de un determinado modelo de convivencia social y fijar las sanciones penales necesarias para preservar dicho modelo. A él le corresponde establecer las penas, atendiendo a los distintos fines legítimos que aquéllas pueden cumplir.” RAMOS TAPIA, I. y WOISCHNIK, J., “Principios constitucionales en la determinación legal de los marcos penales. Especial consideración del principio de proporcionalidad”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Buenos Aires, 2001, p. 144. Disponible en internet: <http://www.kas.de/wf/doc/5595-1442-4-30.pdf>

fijación de marcos penales” porque debe respeto a “ciertos principios constitucionales” que condicionan su determinación de la pena legal.<sup>597</sup> Los autores citados reducen los principios a tres: el principio de legalidad penal<sup>598</sup>; el principio de humanidad de las penas<sup>599</sup>; y el principio de proporcionalidad de las penas.<sup>600</sup>

En primer lugar, el principio de legalidad penal opera como límite para un arbitrio judicial absoluto. Si bien el legislador concede al órgano judicial “un marco penal, más o menos amplio” para la individualización de la pena, deberá precisar un mínimo de tres elementos: (1) el tipo de pena; (2) los límites mínimo y máximo que conforman el marco penal; y (3) los criterios o reglas para su determinación judicial.<sup>601</sup>

---

<sup>597</sup>“El análisis de cuáles son esos principios y cómo deben operar en la decisión legislativa sobre los marcos penales ha sido un tema que ha ocupado a la *doctrina alemana* y a la *española* en las últimas décadas y sobre el que existe ya relevante jurisprudencia constitucional, tanto del Tribunal Constitucional español como del alemán.” *Ibidem*.

<sup>598</sup> El principio de legalidad penal “constituye una garantía básica de todo ciudadano en un Estado de Derecho” porque facilita a los ciudadanos el conocimiento, con carácter previo a un posible ilícito, de las conductas prohibidas por el legislador y de las consecuencias jurídicas por su comisión. *Cfr.* RAMOS TAPIA, I. y WOISCHNIK, J., *op. cit.*, p. 145. Sobre el principio de legalidad penal y su aplicación al Derecho administrativo sancionador *vid. infra* el apartado V-1 del capítulo V de este trabajo.

<sup>599</sup> El principio de humanidad de las penas en el ordenamiento jurídico español guarda su fundamentación constitucional en la dignidad de la persona, de acuerdo con el artículo 10.1 de la CE.

<sup>600</sup>El principio de proporcionalidad de las penas “exige que exista proporción entre la gravedad de la pena y la gravedad del delito; que las penas sean proporcionadas a la entidad del delito cometido.” RAMOS TAPIA, I. y WOISCHNIK, J., *op. cit.*, p. 147. Sobre el principio de proporcionalidad penal y su aplicación al Derecho administrativo sancionador *vid. infra* el apartado V-4 del capítulo V de este trabajo.

<sup>601</sup>*Cfr.* RAMOS TAPIA, I. y WOISCHNIK, J., *op. cit.*, p. 145.



Asimismo, el principio de humanidad de las penas influye en el ámbito reservado al legislador penal, porque prohíbe la determinación legal de aquellas penas “especialmente crueles o denigrantes” para las personas, aunque también actúa durante la fase de ejecución de la pena<sup>602</sup>, dados los fines de reinserción y resocialización de las penas privativas de libertad fijados por el artículo 25 de la Constitución española y cuyo control corresponde al órgano judicial competente.<sup>603</sup>

Finalmente, el principio de proporcionalidad de las penas actúa sobre los dos procesos de la determinación penal; primero, sobre la determinación legislativa de la pena –“proporcionalidad abstracta–” y, en segundo lugar, sobre su determinación judicial o individualización –“proporcionalidad concreta–”; en ambos casos, “pena en abstracto” y “pena en concreto”, la consecuencia jurídica del delito debe ser ponderada con los distintos parámetros de determinación legislativa (calidad del bien jurídico protegido, cantidad del daño o perjuicio causado al bien jurídico, grado de intencionalidad del sujeto activo, supuestos análogos, trascendencia social, grado de ejecución y formas de participación), así como con los criterios de individualización de la pena judicial

---

<sup>602</sup> Vid. las SSTC 68/2011, de 16 de mayo, y 128/2013, de 3 de junio.

<sup>603</sup> Cfr. RAMOS TAPIA, I. y WOISCHNIK, J., *op. cit.*, p. 146. Sobre la ejecución de las penas privativas de libertad a través del sistema progresivo previsto en el Derecho penal español y los presupuestos de la libertad condicional, *vid.* LORENZO SALGADO, J.M., “La libertad condicional (circunstancias 3ª y 4ª del artículo 98 del Código Penal)”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. II, USC, 1978, pp. 299-324. El vigente Código penal de 1995 regula la sustitución de las penas privativas de libertad en sus artículos 88 y 89 y la libertad condicional en sus artículos 90 a 92.

(reglas de graduación del Código penal y, en su caso, el prudente arbitrio del órgano judicial).<sup>604</sup>

En coherencia con el Estado democrático de Derecho<sup>605</sup>, el Tribunal Constitucional ha reconocido al legislador “un amplio margen de libertad” en la determinación de la pena legal, hasta el punto de que limita su control de constitucionalidad “...a verificar que la norma penal no produzca un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho”.<sup>606</sup> Además, como presupuesto para proceder al control constitucional de la determinación legislativa, el órgano judicial deberá identificar en su planteamiento los principios constitucionales afectados por la sanción penal elegida por el legislador, de forma que el Tribunal Constitucional pueda proceder, en cada caso, al juicio de su constitucionalidad.<sup>607</sup>

---

<sup>604</sup> Cfr. RAMOS TAPIA, I. y WOISCHNIK, J., *op. cit.*, pp. 147-152.

<sup>605</sup> La motivación de las sentencias es una exigencia constitucional enunciada en el artículo 120.3 CE y ligada al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, que, además, “...entronca directamente con el principio del Estado democrático de Derecho (artículo 1 CE) y con una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional sustentada esencialmente en el carácter vinculante que para todo órgano jurisdiccional tienen la Ley y la Constitución (SSTC 55/1987, de 13 de mayo, FJ 1º; 24/1990, de 15 de febrero, FJ 4º; 22/1994, de 27 de enero, FJ 2; y 203/1997, de 25 de noviembre, FJ 3º.)” STC 108/2001, de 23 de abril, fundamento jurídico segundo.

<sup>606</sup> STC 60/2010, de 7 de octubre, fundamento jurídico séptimo. En este mismo sentido se pronuncian, entre muchas otras, las siguientes SSTC 136/1999, de 20 de julio (FJ 23º); 55/1996, de 28 de marzo (FFJJ 6º y ss.); 161/1997, de 2 de octubre (FFJJ 9º y ss.); y 127/2009, de 26 de mayo (FJ 8º), todas ellas promovidas a instancia de los órganos judiciales a través del planteamiento de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad.

<sup>607</sup> “Así lo hemos reiterado en nuestra doctrina, ya desde la STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 3, en la que advertíamos que «el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales (...). Si se aduce la

Por otra parte, más allá de la pena legal prevista por el legislador, el principio de proporcionalidad despliega sus efectos sobre el arbitrio judicial: por un lado lo ampara porque obliga al legislador a dejar “suficiente margen al juez para adecuar la gravedad de la pena al caso concreto, sin obligarle a imponer penas desproporcionadas en relación con las circunstancias del caso y con las circunstancias personales del reo”;<sup>608</sup> por otro lado, el principio de proporcionalidad garantiza a los ciudadanos un ejercicio adecuado del arbitrio judicial, es decir, que el *quantum* penal individualizado por el órgano judicial sea adecuado con la entidad del delito objeto de la pena.

Finalizo este apartado sobre la pena de multa y su determinación con una reflexión acerca de las posibilidades que tendría la configuración de un baremo como método de individualización judicial de la pena y su posible conciliación, tanto con los principios de legalidad, proporcionalidad e igualdad, como con el derecho a la tutela judicial efectiva. Es decir, planteo si la determinación de la pena por el legislador podría llegar a solapar el margen de arbitrio judicial en la individualización de la pena o hasta dónde puede llegar la determinación legislativa. En definitiva, el legislador, ¿podría introducir un baremo que reduzca al mínimo el arbitrio del órgano judicial para individualizar la pena concreta?

---

existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados: sólo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad» (en idéntico sentido, STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 22).” STC 60/2010, de 7 de octubre, fundamento jurídico séptimo.

<sup>608</sup> RAMOS TAPIA, I. y WOISCHNIK, J., *op. cit.*, p. 152.

Para aclarar esta cuestión regreso a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, donde he encontrado diversas sentencias y autos que analizaron la compatibilidad de un sistema legal de baremación para determinar los daños y perjuicios en materia de tráfico y seguridad vial, de carácter tasado y vinculante, con la capacidad valorativa del órgano judicial y el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>609</sup>, especialmente a raíz de la STC 181/2000, de 29 de junio, que resolvió diferentes cuestiones de inconstitucionalidad<sup>610</sup> formuladas ante “[el] exhaustivo grado de predeterminación de los daños personales y la taxativa fórmula que se ha acogido para establecer legalmente su valoración y cuantificación”, lo cual “convierte a los órganos judiciales en aplicadores automáticos de las previsiones contenidas en la Ley cuestionada” y elimina cualquier margen de

---

<sup>609</sup> Entre otras resoluciones del Tribunal Constitucional, *vid.* las SSTC 181/2000, de 29 de junio (FFJJ 19º-20º-21º); 21/2001, de 29 de enero (FJ 4º); 9/2002, de 15 de enero (FJ 4º); 49/2002, de 25 de febrero (FJ 2º); y 102/2002, de 6 de mayo (FJ 6º). Asimismo, los AATC 34/2003, de 30 de enero; 352/2003, de 6 de junio; y 305/2004, de 20 julio.

<sup>610</sup> Las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núm. 3536/96, 47/97, 1115/1997, 2823/97, 3249/97, 3297/97, 3556/97, 3949/97, 5175/97 y 402/98, promovidas por el Juzgado de Instrucción núm. 10 de León, el Juzgado de Instrucción núm. 3 de San Sebastián, la Sección decimoséptima de la Audiencia Provincial de Madrid, el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Valladolid, la Sección primera de la Audiencia Provincial de Castellón y el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Calahorra, por supuesta inconstitucionalidad del Texto refundido de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (vigente hasta el 6 de noviembre de 2004), aprobado mediante el Decreto 632/1968, de 21 de marzo. Estas cuestiones de inconstitucionalidad se interponen a raíz de la reforma operada a través de la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados (BOE núm. 268, de 09/11/1995). Con esta reforma el legislador introdujo un sistema legal de delimitación cuantitativa del importe de las indemnizaciones exigibles como consecuencia de la responsabilidad civil en que se incurre con motivo de la circulación de vehículos de motor: Tal y como dispone la exposición de motivos de la Ley 30/1995, “[e]ste sistema indemnizatorio se impone en todo caso, con independencia de la existencia o inexistencia de seguro y de los límites cuantitativos del aseguramiento obligatorio, y se articula a través de un cuadro de importes fijados en función de los distintos conceptos indemnizables que permiten, atendidas las circunstancias de cada caso concreto y dentro de unos márgenes máximos y mínimos, individualizar la indemnización derivada de los daños sufridos por las personas en un accidente de circulación.”

apreciación o valoración judicial, por lo que “constituye, según los jueces proponentes, una reducción constitucionalmente inaceptable de la potestad de juzgar” y la intromisión del legislador en un ámbito de poder jurisdiccional (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado), atribuido, con exclusividad, a los órganos judiciales.<sup>611</sup>

Sin embargo, el Tribunal Constitucional rechazó este motivo de inconstitucionalidad, tanto para el orden civil como para el cálculo indemnizatorio llevado a cabo en el seno de los procesos penales, sobre la base de una serie de razonamientos jurídicos que, bajo mi modesta opinión, otorgan fundamento y legitimidad a la aplicación de un posible baremo sancionador en una de las dos ramas del Derecho punitivo español: el Derecho administrativo sancionador. De entre los diferentes argumentos esgrimidos por el alto tribunal en la STC 181/2000, considero que, en virtud del carácter supletorio del Derecho civil y de acuerdo con una interpretación extensiva de los postulados de esta sentencia, los siguientes motivos podrían ser invocados en la defensa constitucional del baremo objeto de esta tesis:

1.- Aunque un baremo sancionador reduciría la discrecionalidad atribuida a los órganos tramitadores del procedimiento sancionador, al igual que ocurre con los baremos que reducen el margen de apreciación y arbitrio judicial de los

---

<sup>611</sup> STC 181/2001, de 29 de junio, fundamento jurídico decimo noveno.

órganos judiciales, entre sus objetivos está el logro de “mayores dosis de igualdad y seguridad jurídica”.<sup>612</sup>

2.- Ni el carácter exclusivo de la potestad jurisdiccional (artículo 117.3 CE), ni la atribución de potestad sancionadora a las administraciones públicas (artículo 25 CE), facultan a inferir “la existencia de una correlativa prohibición impuesta al legislador, por la que se condicione su libertad de configuración para elegir el nivel de densidad normativa con que se pretende regular una materia.”<sup>613</sup>

3.- La flexibilidad interna y el carácter abierto del baremo sancionador<sup>614</sup> son garantía suficiente para el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos porque habilitan su aplicación al procedimiento administrativo como método de determinación de la sanción que proceda de acuerdo con la gravedad de la conducta ilícita, la culpabilidad del sujeto responsable y la apreciación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad que concurran en el supuesto concreto.<sup>615</sup>

---

<sup>612</sup> *Ibidem.*

<sup>613</sup> *Ibidem.*

<sup>614</sup> Sobre las características que otorgan al baremo sancionador la flexibilidad suficiente y adecuada para su aplicación en un procedimiento sancionador y su condición de método abierto a otras conductas infractoras y sanciones administrativas, *vid. infra* el apartado IV-1 del capítulo siguiente de este trabajo.

<sup>615</sup> STC 181/2001, de 29 de junio, fundamentos jurídicos 20º y 21º, interpretados en sentido contrario.



### III.3 La sanción administrativa como consecuencia jurídica de la infracción.

“Por sanción entendemos aquí un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Este mal (fin aflictivo de la sanción) consistirá siempre en la privación de un bien o de un derecho, imposición de una obligación de pago de una multa”.<sup>616</sup>

Sin valorar un concepto amplio de sanción, propio del Derecho civil<sup>617</sup>, cuando hablamos de sanciones administrativas nos referimos a los actos administrativos desfavorables o de gravamen dictados por las administraciones públicas en ejercicio de la potestad sancionadora, previamente atribuida por una ley, y que distinguimos de otros actos desfavorables “por su carácter reaccional respecto de una conducta ilícita”.<sup>618</sup> No todas las respuestas administrativas ante un ilícito son resultado del ejercicio de la potestad

---

<sup>616</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *op. cit.* p. 163. Estos autores distinguen las sanciones de las penas, exclusivamente, “...por un dato formal, la autoridad que las pone: aquéllas, la Administración; éstas, los Tribunales penales”.

<sup>617</sup> “En la teoría general de las normas jurídicas elaborada por la doctrina del Derecho Civil se habla de sanción en un sentido muy amplio. En este sentido, son sanciones todas las consecuencias del incumplimiento de las normas jurídicas, todas las medidas que se asocian a la falta de un cumplimiento de un deber jurídico. Comprende, así, categorías muy diversas. Normal es incluir al menos, las penas, la ejecución forzosa, el resarcimiento o la reparación de daños y perjuicios, y la invalidez (nulidad o anulabilidad) de los actos jurídicos. (...) También en el Derecho administrativo puede hablarse de sanciones en este sentido amplísimo.” REBOLLO PUIG, M., “El contenido de las sanciones”, publicado en el número extraordinario de la revista *Justicia Administrativa*, Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 153.

<sup>618</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios...*, *cit.*, tomo II, p. 380.

sancionadora,<sup>619</sup> ni adoptan la forma de sanción;<sup>620</sup> en este sentido, SANTAMARÍA PASTOR formula un concepto “técnico-jurídico”<sup>621</sup> de sanción: “sanción, en sentido técnico, existe cuando a la conducta ilícita se anuda la imposición de una privación de derechos con una finalidad represiva (de castigo) de la infracción, y preventiva o disuasoria de conductas similares, sin que dicha privación deba guardar una relación cuantitativa exacta con el volumen del daño causado”.<sup>622</sup>

Los dos elementos claves de este concepto estricto de sanción, la privación de derechos y la combinación de sus dos fines, represivos y preventivos, asimilan la sanción administrativa al concepto de pena expuesto anteriormente en este

---

<sup>619</sup> REBOLLO PUIG cita la expropiación-sanción, la revocación-sanción de autorizaciones o de otros actos administrativos favorables, las medidas de ejecución forzosa, la coacción directa y, en general, “...cualquier actuación administrativa que haga cesar una conducta antijurídica o trate de evitar sus efectos nocivos y otros muchos actos administrativos desfavorables o de gravamen. Entre ellos, las sanciones administrativas en sentido estricto.” REBOLLO PUIG, M., *op. cit.*, p. 153.

<sup>620</sup> Hay otras formas de actuación administrativa que carecen de naturaleza sancionadora, como las medidas resarcitorias o las medidas de reposición a la legalidad. *Ibidem*. Sobre estas medidas de policía administrativa *vid. infra* notas a pie de pág. 661 y 1104. Un análisis crítico sobre el reconocimiento de naturaleza sancionadora a las medidas de policía administrativa bajo el prisma de un concepto amplio de sanción, lo encontramos en el artículo de CANO CAMPOS, T., “¿Es una sanción la retirada de puntos del permiso de conducir?”, *RAP*, CEPC, núm. 184, enero/abril, 2011, pp. 79-119, para quien “[l]a sanción administrativa, como la penal, ha de ser necesariamente una institución de contornos más precisos, que permita revelar su verdadera función retributiva o de castigo por una acción ilícita y justificar el régimen jurídico singular al que está asociada.” CANO CAMPOS, T., *op. cit.*, p. 101.

<sup>621</sup> El autor distingue dos grupos de medidas derivadas de la comisión de una infracción: las sanciones en sentido estricto, entre las que destaca la multa como “sanción prototípica” de nuestro sistema sancionador; y las medidas de carácter accesorio a la sanción, entre las que cita el comiso, las inhabilitaciones, la reposición a la legalidad y el resarcimiento. *Cfr.* SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios...*, *cit.*, tomo II, pp. 399-406.

<sup>622</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios...*, *cit.*, tomo II, pp. 380 y 381.

capítulo.<sup>623</sup> Los fines preventivos de la sanción administrativa, tanto los generales, como los especiales, pueden apreciarse, por ejemplo, en la imposición de una multa de cuantía elevada a una empresa turística por la comisión de una infracción medioambiental o en la privación del permiso de conducción a un individuo sancionado por una conducta infractora de las normas administrativas en materia de seguridad vial. Cualquiera de estas dos consecuencias o, incluso, en algunos supuestos previstos por el legislador, las dos sanciones impuestas conjuntamente, ofrecen, por una parte, seguridad

---

<sup>623</sup> Podríamos utilizar el concepto estricto de sanción como un argumento más a favor de las tesis que postulan la unidad e identidad de *ius puniendi* estatal, ya que apenas difiere de la naturaleza retributiva de la pena descrita, v. gr., por el profesor DEMETRIO CRESPO y que deriva de su condición de consecuencia jurídica impuesta a través del Derecho a un sujeto por la comisión de un delito: “Bajo este aspecto de partida puede muy bien decirse que la pena, desde el punto de vista del ser, es un mal, y en su esencia no es sino retribución”. Cuestión distinta de su naturaleza y, no obstante, sus vínculos con los fines de prevención, como señala el citado autor, será que esta esencia retributiva se convierta en un fin de la pena, en sí mismo, “...puesto que su fundamento axiológico es indemostrable.” DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención...*, cit., p. 29. Este mismo argumento es utilizado por BAJO FERNÁNDEZ para fundamentar la identidad entre ambos conceptos: “En efecto, las sanciones administrativas son medidas retributivo-preventivas, por lo tanto son penas. Que son castigos y no meras consecuencias normativas se comprueba porque cumplen tres circunstancias: son graduables en función de la forma subjetiva de participación (dolo, culpa o caso), no se pueden asegurar y no son transmisibles por herencia.” BAJO FERNÁNDEZ, M., “¿Puede una persona jurídica conocer la antijuridicidad de la norma? A propósito de una doctrina del TEAC sobre el artículo 179 LGT”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo LXIV, fascículo 1, MJ/MP/BOE, 2011, p. 14. Otro argumento válido en defensa de las tesis favorables a la unidad del sistema punitivo español sería la interpretación efectuada por la mayoría de la doctrina administrativista, entre los que se encuentran DE DIEGO DíEZ, GÓMEZ DE MERCADO y GÓMEZ PUENTE, sobre la interrupción del cómputo de los plazos prescriptivos para las infracciones y sanciones administrativas en los expedientes de naturaleza sancionadora y su posterior reinicio, esto es, sin la posibilidad de acumular los plazos prescriptivos sucedidos antes de dicha interrupción. Esta postura tiene su fundamento en el Derecho penal, primero, en la jurisprudencia de la sala 2º del Tribunal Supremo y, tras su positivización por el legislador, en el artículo 132 del CP, que dispone la interrupción de la prescripción con el inicio de un nuevo procedimiento penal contra la persona “indiciariamente” responsable, “quedando sin efecto el tiempo transcurrido” y “comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena”. Contra esta interpretación se posicionan autores como PARADA VÁZQUEZ y FERRANDO MARZAL, que defienden la reanudación del plazo prescriptivo y no su reinicio, dado lo dispuesto expresamente por el legislador estatal en el artículo 132 de la LRJPAC que, si bien dispone la “interrupción” del plazo prescriptivo, a continuación prevé su reanudación y no su reinicio, tanto para las infracciones (artículo 132.2), como para las sanciones (artículo 132.3). Cfr. DE DIEGO DíEZ, op. cit., pp. 142-146.

jurídica a la comunidad que deposita su confianza en la ley y, por otra, inducen a la empresa o sujeto sancionado a no repetir su conducta, una vez haya satisfecho la multa o recuperado la habilitación para volver a conducir.<sup>624</sup>

Pero, en el campo del Derecho administrativo, ¿hay medidas sancionadoras cuyo fin sea la reeducación del sujeto infractor?, es decir, ¿podemos encontrar en las leyes administrativas medidas que, a modo de prevención especial y con carácter positivo, persigan fines de reeducación y reinserción social? ¿Acaso estos fines, tan propios de sociedades modernas, son atribuidos en exclusiva al Derecho penal?<sup>625</sup> Si bien los objetivos de reeducación y reinserción social del individuo se identifican con las penas privativas de libertad<sup>626</sup>, en el Derecho administrativo sancionador encontramos figuras que cumplen una función reeducadora del sujeto responsable, haciéndole comprender la gravedad de su ilícito con el fin de mudar su voluntad evitando una posible reiteración de la conducta.

Me refiero a medidas que tienen un carácter accesorio a la sanción administrativa, en concreto a medidas accesorias con fines de formación y

---

<sup>624</sup> No debemos confundir los fines disuasorios con la idea de castigo de las sanciones administrativas porque el elemento disuasorio está vinculado a la finalidad preventiva del Derecho administrativo sancionador y no con su carácter represivo. De hecho, una sanción siempre llevará implícita la idea de castigo, sin embargo, cuando no es proporcionada a la gravedad del ilícito carecerá de carácter disuasorio o preventivo. *Cfr.* REBOLLO PUIG, M., *op. cit.*, p. 155.

<sup>625</sup> Planteo esta cuestión con base en la proscripción que el artículo 25.3 CE dirige a las administraciones públicas de imponer sanciones privativas de libertad y que, obviamente, repercutirá en los fines de reeducación y reinserción social del individuo atribuidos a aquéllas.

<sup>626</sup> Artículo 25.2 CE: “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados.”

educación hacia los sujetos infractores. Valga como ejemplo los cursos de sensibilización y reeducación vial, regulados en el anexo III del Texto Articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial<sup>627</sup>, cuyo objetivo es “...concienciar a los conductores sobre su responsabilidad como infractores y las consecuencias derivadas de su comportamiento, en especial respecto a los accidentes de tráfico, así como reeducarlos en el respeto a los valores esenciales en el ámbito de la seguridad vial como son el aprecio a la vida propia y ajena, y en el cumplimiento de las normas que regulan la circulación.”<sup>628</sup>

Asimismo, podemos encontrar medidas sustitutivas de las multas administrativas en el ordenamiento autonómico de Galicia; en concreto la Ley 11/2010, de 17 de diciembre, de prevención del consumo de bebidas alcohólicas en menores de edad<sup>629</sup>, prevé la sustitución de algunas de sus multas por medidas reeducadoras del sujeto infractor; bien por la realización de trabajos o actividades en beneficio de la comunidad, bien por su inclusión en

---

<sup>627</sup> Aprobado mediante Real decreto legislativo 339/1990, de 2 de marzo (BOE núm. 63, de 14/03/1990). Estos cursos fueron introducidos en el texto articulado a través de la Ley 17/2005, de 19 de julio, por la que se regula el permiso y la licencia de conducción por puntos y se modifica el texto articulado de la ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial (BOE núm. 172, de 20/07/2005).

<sup>628</sup> Anexo III del citado texto articulado cuyo desarrollo reglamentario se produjo mediante la Orden INT/2596/2005, de 28 de julio, por la que se regulan los cursos de sensibilización y reeducación vial para los titulares de un permiso o licencia de conducción, BOE núm. 190, de 10/08/2005).

<sup>629</sup> DOG núm. 248, de 28/12/2010, y BOE núm. 25, de 29/01/2011.

programas preventivos de carácter formativo o informativo, o de tratamiento, a realizar durante un número de sesiones previstas reglamentariamente.<sup>630</sup>

Los ejemplos anteriores demuestran la posibilidad de regular medidas de carácter preventivo y especial en el ámbito administrativo sancionador, esto es, medidas con fines reeducativos, solución que, por otra parte, podría también adoptarse en el ámbito de la ordenación y disciplina turística con la finalidad de evitar aquellas conductas infractoras que pudieran derivar de una falta de formación profesional en el sector.<sup>631</sup> En este sentido, entiendo que es factible la creación de medidas que, con carácter positivo, estimulen el cumplimiento de

---

<sup>630</sup> El procedimiento de sustitución se recoge en el artículo 29 de dicha ley y su desarrollo reglamentario fue realizado a través del Decreto 88/2014, de 3 de julio, por el que se regula el sistema de sustitución de sanciones impuestas por incumplimiento de la Ley 11/2010, de 17 de diciembre, de prevención del consumo de bebidas alcohólicas en menores de edad y se establecen los criterios básicos de los programas preventivos que de ella se derivan (DOG núm. 138, de 22 de julio de 2014).

<sup>631</sup> Considero que existen razones de peso para defender esta propuesta, ya que en algunos casos (v. gr., negativa a entregar las hojas de reclamaciones a los clientes; falta de formalización del documento de admisión a los huéspedes; falta de exposición de precios o cobro de precios indeterminados; incumplimiento de las normas de reserva en alojamiento o sobrecontratación; falta de entrega de la documentación preceptiva en relación con la venta de viajes combinados, etc.), los cursos de formación profesional en materia de ordenación turística, a diferencia de las multas, aportarían una serie de ventajas sobre todos los sectores implicados en el ámbito turístico: Así, en primer lugar, con respecto al sector privado, los cursos de formación guardarían una relación directa o, cuando menos, de mayor congruencia con respecto a las conductas infractoras, por lo que la actuación administrativa sería objeto de un mayor respeto y comprensión, además de inducir hacia una mayor profesionalización del sector privado y, por consiguiente, una mayor calidad del servicio prestado a sus clientes; en segundo lugar, estas medidas tendrían también efectos positivos para el sector público, ya que permitirían una mayor eficacia a la hora de reducir la reiteración de conductas infractoras y constituirían un paso más adelante en el camino hacia la excelencia turística, además de generar una mejora sustancial en la imagen de la Administración turística de Galicia hacia las empresas del sector turístico.



las diferentes ordenaciones en cada sector de actividad administrativa, a modo de incentivos y premios por el cumplimiento de las normas.<sup>632</sup>

No obstante hablamos de medidas accesorias o sustitutivas de sanciones administrativas, no de sanciones en sentido estricto porque la función disuasoria de una medida administrativa no es, por sí misma, una manifestación definitiva de su naturaleza sancionadora sino, simplemente, un posible indicio o señal. Como ha declarado el Tribunal Constitucional para las multas coercitivas<sup>633</sup> y otras figuras jurídicas, “una cosa es que las sanciones

---

<sup>632</sup> Estos supuestos, denominados por la doctrina científica “*sanciones positivas*”, aunque obviamente carecen de naturaleza sancionadora, redundan en beneficio de la sociedad que se ve favorecida por una serie de actitudes y comportamientos que confluyen en armonía con el Derecho. El ejemplo más claro lo tenemos en la Ley 17/2005, de 19 de julio, por la que se regula el permiso y la licencia de conducción por puntos y se modifica el texto articulado de la ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, que introdujo la posibilidad de recuperar puntos perdidos, así como un posible incremento del saldo inicial para aquellos sujetos que no hayan sido sancionados en firme durante un determinado periodo de tiempo. “No se trata de en este caso, como es lógico, de un castigo o una sanción, sino de un premio, un incentivo para quienes acomoden su comportamiento al esquema diseñado por las normas, aunque en la teoría del Derecho también se ha incluido los premios y recompensas en un concepto amplísimo, e inapropiado a nuestros efectos, de sanción y se habla así de *sanciones positivas*.” CANO CAMPOS, T., *op. cit.* p. 111.

<sup>633</sup> “En dicha clase de multas, cuya independencia de la sanción queda reflejada en el párrafo 2º del indicado art. 107 de la LPA no se impone una obligación de pago con un fin represivo o retributivo por la realización de una conducta que se considere administrativamente ilícita, cuya adecuada previsión normativa desde las exigencias constitucionales del derecho a la legalidad en materia sancionadora pueda cuestionarse, sino que consiste en una medida de constreñimiento económico, adoptada previo el oportuno apercibimiento, reiterada en lapsos de tiempo y tendente a obtener la acomodación de un comportamiento obstativo del destinatario del acto a lo dispuesto en la decisión administrativa previa. No se inscriben, por tanto, estas multas en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, sino en el de la autotutela ejecutiva de la Administración, previstas en nuestro ordenamiento jurídico con carácter general por el art. 102 de la LPA cuya constitucionalidad ha sido expresamente reconocida por este Tribunal (SSTC 22/1984, de 17 de febrero; 137/1985, de 17 de octubre, y 144/1987, de 23 de septiembre) y respecto de la que no cabe predicar el doble fundamento de la legalidad sancionadora del art. 25.1 C.E. a que se refiere la STC 101/1988, de 8 de junio, esto es: de la libertad (regla general de la licitud de lo no prohibido) y de seguridad jurídica (saber a qué atenerse), ya que, como se ha dicho, no se castiga una conducta realizada porque sea antijurídica, sino que se constriñe a la realización de una prestación o al cumplimiento de una obligación concreta previamente fijada por el acto administrativo que se trata de ejecutar y

tengan, entre otras, una finalidad disuasoria, y otra bien distinta que toda medida con una finalidad disuasoria de determinados comportamientos sea una sanción (...) En definitiva, resulta claro que la función disuasoria de una figura jurídica no determina sin más su naturaleza sancionadora”<sup>634</sup>.

En consecuencia, de acuerdo con la citada jurisprudencia,<sup>635</sup> podemos identificar la esencia de la sanción administrativa en su carácter retributivo porque su función principal es la de constituir una consecuencia jurídica por la comisión de un ilícito. El castigo, como consecuencia jurídica de lo ilícito, es el fundamento utilizado por el Tribunal Constitucional para reconocer una posible naturaleza sancionadora de aquellas medidas creadas por el legislador a modo de estímulos para el cumplimiento de obligaciones o con funciones disuasorias para evitar su incumplimiento:<sup>636</sup> “...como sostuvimos en la STC 276/2000, lo

---

mediando la oportuna conminación o apercibimiento.” STC 239/1988, de 14 de diciembre, fundamento jurídico segundo.

<sup>634</sup> STC 164/1995, de 13 de noviembre, fundamento jurídico cuarto.

<sup>635</sup> Doctrina que también encontramos en las SSTC 76/1990, 26 de abril (FJ 9º-B); 164/1995, de 13 de noviembre (FJ 5º); 171/1995, de 21 de noviembre (FJ único); 198/1995, de 21 de diciembre (FJ 2º); y 141/1996, de 16 de septiembre (FJ 2º).

<sup>636</sup> Así sucedió, por ejemplo, con los recargos fiscales del 50 por 100 y del 100 por 100 de la deuda tributaria, previstos en el artículo 61.2 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, general tributaria, derogada por la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria (BOE núm. 302, de 18/12/2003), en su redacción dada por la disposición adicional 14, punto 2º, de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la renta de las personas físicas (BOE núm. 136 de 07/06/1991), que entró en vigor el 1 de enero de 1992. En ambos casos, el Tribunal Constitucional declaró su naturaleza sancionadora por medio de las SSTC 276/2000, de 16 de noviembre (FJ 3º) y 291/2000, de 30 de noviembre (FJ 8º). Sin embargo y sobre la base de esta misma doctrina, el Tribunal declaró que un recargo del 10 por 100 de la deuda tributaria carecía de naturaleza sancionadora, aunque “algunos rasgos externos del recargo le confieren cierta imagen sancionadora, en la medida en que constituye la respuesta a una conducta en principio tipificada como ilícito tributario y que consiste en una especie de multa o penalización económica”, pero carece de naturaleza sancionadora porque “...no supone un castigo por la realización de una conducta ilícita administrativamente sino un estímulo para el cumplimiento

fundamental a efectos de pronunciarnos sobre la naturaleza jurídica del recargo es comprobar si cumple una finalidad de castigo, pues el hecho de que pueda cumplir otros fines distintos de los punitivos no excluye sin más esta función.”<sup>637</sup>

Igualmente, la STC 48/2003 insiste en distinguir la naturaleza jurídica de las sanciones administrativas en atención a su carácter retributivo:

“Como señalamos en las SSTC 164/1995, de 13 de noviembre(FJ 3), y 276/2000, de 26 de noviembre (FJ4), para determinar si una consecuencia jurídica tiene o no carácter punitivo habrá que atender, ante todo, a la función que tiene encomendada en el sistema jurídico. De modo que si tiene una función represiva y con ella se restringen derechos como consecuencia de un ilícito, habremos de entender que se trata de una pena en sentido material; pero si en lugar de la represión concurren otras finalidades justificativas deberá descartarse la existencia de una pena, por más que se trate de una consecuencia gravosa (en el mismo sentido, ya la STC 239/1988, de 14 de diciembre (FJ 2). (...) No basta, pues, la sola pretensión de constreñir al cumplimiento de un deber jurídico (como ocurre con las multas coercitivas) o de restablecer la legalidad conculcada frente a quien se desenvuelve sin observar las condiciones establecidas por el ordenamiento para el ejercicio de una determinada actividad. Es preciso que, de manera autónoma o en

---

de las obligaciones tributarias o, lo que es lo mismo, una disuasión para el incumplimiento.” STC164/1995, de 13 de noviembre (FFJJ 4º y 5º). Esta misma doctrina es reproducida más recientemente por el Tribunal Constitucional en la STC 39/2011, de 31 de marzo (FF.JJ 2º y 3º).

<sup>637</sup> STC 291/2000, de 30 de noviembre, fundamento jurídico décimo.

conurrencia con esas pretensiones, el perjuicio causado responda a un sentido retributivo, que se traduce en la irrogación de un mal añadido al que de suyo implica el cumplimiento forzoso de una obligación ya debida o la imposibilidad de seguir desarrollando una actividad a la que no se tenía derecho. El restablecimiento de la legalidad infringida deriva siempre en el perjuicio de quien, con su infracción, quiso obtener un beneficio ilícito, del que se ve privado. El carácter de castigo criminal o administrativo de la reacción del ordenamiento sólo aparece cuando, al margen de la voluntad reparadora, se inflige un perjuicio añadido con el que se afecta al infractor en el círculo de los bienes y derechos de los que disfrutaba lícitamente.”<sup>638</sup>

Así las cosas, podemos decir que el Tribunal Constitucional ha elaborado un concepto de sanción a imagen y semejanza del concepto de pena del Derecho

---

<sup>638</sup> STC 48/2003, de 12 de marzo, fundamento jurídico noveno. Sobre la base de la jurisprudencia constitucional en esta materia, NIETO GARCÍA excluye del concepto de sanción las siguientes medidas: a) las infracciones administrativas y los delitos; b) los intereses por mora en el pago a la Administración; c) las medidas de restablecimiento de la legalidad, como la clausura de establecimientos por falta de licencia o por el incumplimiento de sus condiciones; d) las multas coercitivas; e) la obligación de reparar los daños causados al dominio público; f) la obligación de reponer los terrenos forestales a su situación anterior a su roturación; g) la expropiación-sanción; h) los recargos tributarios. *Cfr.* NIETO GARCÍA, A., *op. cit.* pp. 198 y 199. “En definitiva, es frecuente que el legislador peque en este punto doblemente, por exceso y por defecto. Por defecto, al no prever medidas administrativas no sancionadoras tendentes simplemente a restablecer la legalidad y, en su caso, a determinar indemnizaciones y restablecimiento de estados anteriores, (...) Y por exceso, en cuanto que califican de sanciones medidas que no tienen carácter de tales; con la consecuencia, antes señalada, de que se exigen para su imposición unos requisitos y trámites innecesariamente rigurosos y que tanto facilitan la anulación de las correspondientes resoluciones administrativas.” NIETO GARCÍA, A., *op. cit.*, p. 199.

penal, que descansa sobre fundamentos retribucionistas y responde al ejercicio del *ius puniendi* estatal, esto es, forma parte del Derecho punitivo español.<sup>639</sup>

Finaliza esta doctrina en el ámbito de los derechos fundamentales, dado que, a este concepto de sanción administrativa le es inherente el conjunto de garantías constitucionales que informan tal disciplina;<sup>640</sup> dicha conclusión fue también declarada por las SSTC 276/2000, de 16 de noviembre, y 291/2000, de 30 de noviembre: “Una vez reconocido el carácter sancionador (...) la consecuencia no podía ser otra que la de considerar aplicable a estos recargos las garantías materiales y procesales aplicables a las sanciones que se deducen de los arts. 25.1 y 24.2 CE.”<sup>641</sup>

---

<sup>639</sup> “El TC ha señalado que la sanción es «una decisión administrativa con finalidad represiva, limitativa de derechos, basada en una previa valoración negativa de la conducta» de un sujeto a la luz de lo dispuesto en el ordenamiento vigente (STC 132/2001). Así, lo que la distinguiría de otros actos con consecuencias gravosas o que restringen derechos individuales con otros fines (de coerción, de restablecimiento de la legalidad, de resarcimiento de daños) sería su función represiva, retributiva o de castigo”. CANO CAMPOS, T., *op. cit.*, p. 104.

<sup>640</sup> *Vid.*, entre otras, las SSTC 73/1982, de 2 de diciembre (FJ 3º); 69/1983, de 26 de julio (FJ 4º); 96/1988, de 26 de mayo (FJ 3º); 239/1988, de 14 de diciembre (FJ 2º); 164/1995, de 13 de noviembre (FJ 6º); 47/2001, de 15 de febrero (FJ 10º); y 331/2006, de 20 de noviembre (FJ 4º). Como advierte RANDO CASERMEIRO, “[l]a identificación entre tanta confusión de lo que constituye propiamente la potestad sancionadora de la administración no es una cuestión sin importancia: está en juego la aplicación no sólo ya de las garantías penales en función de cómo calificamos ciertas actuaciones administrativas, sino también de los principios que deben informar la intervención del derecho punitivo, es decir, qué contenidos debe proteger, por qué procedimientos y a través de qué medios.” RANDO CASERMEIRO, P., *La distinción...*, cit., pp. 96 y 97.

<sup>641</sup> STC 291/2000, de 30 de noviembre, fundamento jurídico noveno. En definitiva, existe un “campo común de penas y sanciones” que excluye las penas privativas de libertad ambulatoria, exclusivas del ámbito penal, y las sanciones disciplinarias propias del ámbito de las relaciones de sujeción especial. *Cfr.* REBOLLO PUIG, M., *op. cit.*, p. 158.

Dada su identidad ontológica con la *pena legal*, la determinación de todas las medidas de naturaleza sancionadora en el ordenamiento jurídico deberá respetar los principios de legalidad y proporcionalidad de las penas, de forma que los ciudadanos conozcan “el alcance de su responsabilidad administrativa” con carácter previo a la comisión de una infracción,<sup>642</sup> y guarde cierta ponderación con respecto a la gravedad de la conducta infractora. Así, al igual que sucede con las sanciones penales, IZQUIERDO CARRASCO<sup>643</sup> clasifica a las sanciones administrativas, por su determinación legislativa, en únicas<sup>644</sup>, alternativas<sup>645</sup>, acumulativas<sup>646</sup> y adicionales<sup>647</sup>.

---

<sup>642</sup> Cfr. IZQUIERDO CARRASCO, M., “La determinación de la sanción administrativa” publicado en el número extraordinario de la revista *Justicia Administrativa*, Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 210.

<sup>643</sup> Cfr. *op. cit.*, pp. 210-218.

<sup>644</sup> La ley prevé para la infracción una única sanción (v. gr., multa). *Op. cit.*, p. 211.

<sup>645</sup> La ley prevé dos o más sanciones posibles para una misma infracción administrativa, no obstante, la Administración sólo puede imponer una de ellas de conformidad con los principios de proporcionalidad y congruencia. *Ibidem*.

<sup>646</sup> La ley prevé dos o más sanciones “de distinta naturaleza” para una misma infracción administrativa, que deben ser impuestas “conjunta y necesariamente”. *Ibidem*.

<sup>647</sup> La ley prevé sanciones de carácter accesorio a una sanción principal (multa) y otorga facultad a la Administración para su imposición que, a diferencia de las sanciones acumulativas, no tiene carácter preceptivo. Valga como ejemplo, en el ámbito de la disciplina turística, las sanciones tipificadas con carácter accesorio a la multa en el artículo 115 de la Ley 7/2011, de 27 de octubre (suspensión de actividad turística o ejercicio profesional; clausura definitiva del establecimiento o revocación del título administrativo habilitante; y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y otras ayudas económicas de la Administración). No debemos confundir estas sanciones con medidas de policía administrativa, que carecen de las características propias del concepto de sanción, aunque considero que sí debería incluirse entre éstas la prohibición prevista en la LTG para presentar una nueva declaración responsable con el mismo objeto, prevista en el artículo 44.3 de la Ley 7/2011. *Vid. infra* el capítulo IV, apartado IV.2.3.2, del presente trabajo.



Sobre esta idea represiva o de castigo<sup>648</sup>, la doctrina científica elaboró un concepto estricto de sanción, como el profesor REBOLLO PUIG, que la define como “el castigo impuesto por la Administración” o como “el castigo previsto por el ordenamiento para ser impuesto por la Administración”.<sup>649</sup> De la misma forma, para CANO CAMPOS las sanciones “son actos de carácter punitivo con cuya imposición por la Administración amenaza el Derecho para el caso de que se realice un hecho tipificado como infracción. Mediante su imposición la Administración inflige forzosamente un mal como castigo.”<sup>650</sup>

No faltan autores que frente a esta “concepción retributiva tradicional” de la sanción, abren su análisis hacia una “concepción preventiva”, más acorde con la doctrina actual del Derecho penal, y ello gracias al presupuesto o fundamento básico de que las sanciones administrativas tienen una naturaleza penal.<sup>651</sup> El propio REBOLLO PUIG, que identifica el contenido aflictivo de la

---

<sup>648</sup> El núcleo del castigo se compone de un “contenido aflictivo” y constituye un elemento determinante del concepto estricto de sanción, es decir, “que su contenido sea perjudicial para el destinatario” y, asimismo, que surja como reacción jurídica ante la comisión de una infracción administrativa. Cuestión bien diferente será que exijamos cierta congruencia entre el ilícito (exceso de velocidad) y su castigo (multa), esto es, que exista una relación entre el castigo impuesto al sujeto responsable y su conducta infractora, lo cual no es propio de las sanciones administrativas aunque “en algunos casos la desconexión sea criticable”. *Cfr.* REBOLLO PUIG, M., *op. cit.*, pp. 155 y 156.

<sup>649</sup> *Op. cit.* p. 153. “En esa escueta definición está comprendido todo lo esencial: lo demás o es accesorio, o es condición de legalidad de las sanciones pero no elemento esencial del concepto. (...) Por su carácter punitivo, las sanciones administrativas se aproximan a las penas y se distinguen de otras medidas administrativas. Por corresponder a la Administración imponerlas, la potestad sancionadora se aproxima a las demás potestades administrativas y las resoluciones sancionadoras a los demás actos administrativos y se diferencian de las penas judiciales.” *Op. cit.*, p. 154.

<sup>650</sup> CANO CAMPOS, T., *op. cit.*, p. 103.

<sup>651</sup> *Cfr.* NAVARRO CARDOSO, F., *op. cit.*, pp. 18-19.

sanción como el elemento nuclear de su concepto estricto, reconoce un papel preventivo a las sanciones administrativas, "...pues sirven para prevenir infracciones futuras y, así, aunque sea de manera indirecta, proteger los intereses públicos confiados a la Administración. En esa prevención, como en Derecho penal, puede verse en mayor o menor medida, según los casos, la vertiente individual o especial, tratando de que no vuelva a cometer infracciones el sancionado (mediante la intimidación individual, la corrección o la inocuización), y la vertiente de la prevención general, respecto a toda la colectividad (prevención intimidatoria –amenaza o coacción psicológica– y prevención integradora que crea una actitud de respeto al Derecho)."<sup>652</sup>

Sin embargo, reconocemos la sanción por su condición de "infligir un mal" al sujeto que la padece, el cual "tiene que sufrir necesariamente un perjuicio en su esfera jurídica para poder hablar de sanción";<sup>653</sup> por otra parte, este mal o pérdida de derechos, de carácter constitutivo<sup>654</sup>, guarda un nexo causal con la comisión de una conducta tipificada en la ley como infracción administrativa; además, su imposición se formaliza mediante el ejercicio de la potestad sancionadora, es decir, a través de un procedimiento administrativo especial,

---

<sup>652</sup> REBOLLO PUIG, M., *op. cit.*, pp. 157.

<sup>653</sup> *Cfr.* CANO CAMPOS, T., *op. cit.*, pp. 104-105.

<sup>654</sup> Entre otros perjuicios que constituyen sanción administrativa, el profesor CANO CAMPOS cita los siguientes: "Obligación de pagar una cantidad de dinero a la Administración, prohibición de ejercer determinados derechos como la conducción de un vehículo de motor, o de ejercer determinadas actividades como la de director o profesor de una autoescuela o de facultativo en un centro de reconocimiento de conductores, etc. Se dice, por eso, que las sanciones tienen carácter constitutivo y no meramente declarativo." *Op. cit.*, p. 105.

con todas la garantías previstas por el ordenamiento jurídico para el ciudadano inculpado.<sup>655</sup>

Algunos autores señalan el contenido aflictivo de la sanción administrativa como un elemento diferenciador con respecto a la pena, ya que el mal contenido en éstas debería ser gradualmente superior al de aquéllas.<sup>656</sup> Sin embargo, esta graduación, aunque bien “podría proponerse *lege ferenda*” no se ha llevado a cabo por el legislador español, dado que algunas de las sanciones tipificadas actualmente por leyes administrativas igualan e, incluso, superan en gravedad a muchas de las penas recogidas en el Código penal.<sup>657</sup>

Expuesto un concepto estricto de sanción administrativa y su delimitación con figuras afines, debemos aclarar qué modalidades son susceptibles de ser

---

<sup>655</sup> Elementos que conforman el concepto de sanción administrativa elaborado por el profesor SUAY RINCÓN, quien propugna un “entendimiento *penalista* del Derecho administrativo sancionador”, y define a la sanción administrativa como “...cualquier mal infligido por la administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal a resultas de un procedimiento administrativo y con una finalidad puramente represora” SUAY RINCÓN, J., Sanciones administrativas, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, p. 55, citado por RANDO CASERMEIRO, P., La distinción..., *cit.*, p. 96.

<sup>656</sup> Sobre las posibles diferencias entre las penas y las sanción administrativa y su identidad ontológica *vid.* el análisis efectuado por ALARCÓN SOTOMAYOR, L., en “Los confines de las sanciones...”, *cit.*, pp. 140-148. *Vid.* también BAJO FERNÁNDEZ, M., “Nuevas tendencias...”, *cit.*, en donde critica las tesis de FEJOO, SILVA y GARCÍA CALVERO que propugnan diferencias de carácter sustancial y aboga por una diferenciación estrictamente formal entre penas y sanciones administrativas.

<sup>657</sup> *Cfr.* ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “Los confines de las sanciones...”, *cit.*, p. 143. En palabras de la autora: “Basta una lectura superficial de las leyes administrativas para encontrar sanciones que afectan a derechos fundamentales (...), como la prohibición de ejercer una profesión (incluso de por vida), la prohibición de continuar los estudios o de ejercer como directivo en una entidad de crédito, la prohibición de contratar con la Administración, la expulsión del territorio español a los extranjeros, la revocación de autorizaciones cuando éstas permiten desarrollar una actividad con la que ganarse la vida...” *Ibidem.*

clasificadas bajo este concepto puramente retributivo que, sin embargo, no renuncia a una finalidad preventiva o disuasoria por medio de la amenaza de un mal o perjuicio al sujeto que sufre su imposición.<sup>658</sup>

Por la modalidad del perjuicio o contenido aflictivo de las sanciones, la doctrina relaciona las sanciones por “categorías generales”, en atención a su tipificación en las diferentes leyes sectoriales y excluye de la lista a las sanciones disciplinarias y a otras categorías más específicas que, no obstante, son tipificadas con carácter especial en alguna ley sectorial. REBOLLO PUIG distingue las siguientes categorías<sup>659</sup>: 1) la multa; 2) el comiso<sup>660</sup>; 3) el cierre de establecimientos o el cese de la actividad<sup>661</sup>; 4) la prohibición de efectuar

---

<sup>658</sup> Lo característico de las sanciones no es, por eso, su finalidad preventiva, pues hay muchas medidas administrativas no sancionadoras que también cumplen esa finalidad (...), sino que lo peculiar de las sanciones es la forma en que dicha finalidad preventiva o disuasoria se persigue: castigando. Puede concluirse, por tanto, que la finalidad preventiva se alcanza con el castigo que se impone, pero el mal que se impone como contenido de una determinada sanción lo que pretende es sólo castigar. Se inflige un mal o se priva de un bien para castigar, y se castiga para prevenir.” CANO CAMPOS, T., *op cit.*, pp. 106 y 107.

<sup>659</sup> Relación efectuada con carácter general por el profesor REBOLLO PUIG, M., *op. cit.*, pp. 164 y 165.

<sup>660</sup> Autores como SANTAMARÍA PASTOR clasifican el comiso como una medida accesoria y no como una sanción administrativa en sentido estricto. *Vid. supra* nota a pie de pág. núm. 621. Sobre el comiso como medida accesoria *vid.* también FERNÁNDEZ TERUELO, G., “El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código Penal operada por L.O. 5/2010)”, publicado en II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero (ponencias y conclusiones del congreso internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010), ABEL SOUTO, M. y SÁNCHEZ STEWART, N., *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2011, pp. 111-130.

<sup>661</sup> El objeto de esta sanción, prevista para las infracciones más graves (principio de proporcionalidad) y que puede acompañar a la sanción de multa, es un local o establecimiento abierto al público donde se desarrolla la actividad constitutiva de la infracción. No se trata de establecimientos clandestinos (sin licencia, sin autorización, o sin clasificación previa), porque en estos casos se aplican medidas de policía administrativa, es decir, de reposición a la legalidad, las cuales carecen de contenido aflictivo o represivo y, en consecuencia, de naturaleza sancionadora. Como señala REBOLLO PUIG, “...esta sanción consiste en la clausura de un determinado espacio físico en el que el infractor ejerce una actividad en cuyo desarrollo cometió

actividades privadas; 5) la prohibición de contratar con las administraciones públicas; 6) la prohibición de recibir ayudas públicas<sup>662</sup>; 7) la inhabilitación<sup>663</sup>; 8) el apercibimiento<sup>664</sup>; 9) la publicidad de las sanciones<sup>665</sup>; y 10) la revocación de

---

la infracción. Pero no son locales o establecimientos que en sí mismos sean ilegales o inadecuados para albergar correctamente la actividad a la que vienen siendo destinados. (...) Nada de esto es presupuesto necesario de la sanción que analizamos ni, por tanto, se pretende con ella que no se utilice un local en sí mismo peligroso o, por cualquier otra causa, ilegal. (...) Se trata, como en cualquier otro castigo, de infligir un mal al infractor, mal que en este caso consiste en no poder utilizar un local o establecimiento.” REBOLLO PUIG, M., *op. cit.*, p 184. El autor distingue entre la clausura o cierre de un establecimiento, que impedirá su utilización para cualquier otra actividad aunque su titular podría ejercerla en otro local previamente autorizado o clasificado al efecto, y la inhabilitación del local para una determinada actividad, lo cual permitiría la utilización del local para desempeñar una actividad diferente a la prohibida por la sanción. Asimismo, REBOLLO PUIG diferencia entre el cierre del local o establecimiento, que recae sobre el inmueble, y la revocación de la autorización para el ejercicio de una actividad privada, que recae sobre el sujeto autorizado o habilitado previamente por la Administración. En todos los casos, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, debería tratarse de una “sanción excepcional” dado el perjuicio que puede suponer para las trabajadoras y trabajadores del establecimiento o empresa, de ahí que algunas leyes contemplen plazos breves de duración máxima para esta sanción y el deber de indemnizar los posibles daños y perjuicios causados. *Cfr. op. cit.*, pp. 187-189.

<sup>662</sup> Debemos diferenciar la sanción de acceso a subvenciones y otras ayudas públicas del reintegro o devolución de las ayudas o subvenciones recibidas. El reintegro de la ayuda o subvención recibida es una consecuencia derivada del incumplimiento de las condiciones impuestas para su concesión y, por lo tanto, carecen de naturaleza sancionadora. Por otra parte se hace necesario que la tipificación legislativa de la prohibición de acceso a subvenciones y otras ayudas públicas aclare el contenido del concepto “ayuda pública” (subvenciones, préstamos, bonificaciones o exenciones fiscales, etc.) y la extensión de su ámbito de aplicación (v. gr., ¿ayudas públicas provenientes de la Administración turística autonómica o todo tipo de ayudas de la Xunta de Galicia?), siempre con respeto al principio de proporcionalidad. REBOLLO PUIG, M., *op. cit.*, pp. 205-206.

<sup>663</sup> REBOLLO PUIG señala que las sanciones de inhabilitación “...afectan a la capacidad de quienes las sufren; más concretamente, quizá, a la capacidad jurídica (no sólo a la capacidad de obrar puesto que el “inhabilitado” no puede desarrollar tampoco por representante la actividad vedada)” *Op. cit.*, p. 200.

<sup>664</sup> Es una sanción propia de las relaciones de sujeción especial y no es habitual encontrarla como sanción administrativa general. Su naturaleza disciplinaria se deduce claramente de su configuración como una medida de prevención especial y de la ausencia de un fin represivo.

<sup>665</sup> El artículo 41 del Texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de seguros privados, aprobado mediante Real decreto legislativo 6/2004, de 29 de octubre, (BOE núm. 267, de 05/11/2004), tipifica como sanciones por la comisión de infracciones muy graves, la revocación de la autorización administrativa; la suspensión de la autorización administrativa para operar en uno o varios ramos en los que esté autorizada la entidad aseguradora; la publicidad de la conducta constitutiva de la infracción muy grave; y la multa.

un derecho administrativo<sup>666</sup>, ya se trate de la pérdida de una prestación administrativa previamente reconocida o de un derecho a participar, colaborar o realizar determinadas funciones públicas o sobre bienes de dominio público.<sup>667</sup>

Asimismo, RANDO CASERMEIRO, después de exponer la unidad ontológica del *ius puniendi* estatal, expone también una lista de “consecuencias punitivas” entre las que destaca.<sup>668</sup> 1) la multa; 2) suspensión de empleo o cargo público; 3) inhabilitación especial; 3) privación o suspensión del derecho a obtener o

---

<sup>666</sup> “El acto administrativo que ahora se revoca o suspende expresaba la superación de un simple control administrativo previo. Y tampoco es que después de la infracción se compruebe que se había dado equivocadamente o que ya no se reúnen los requisitos necesarios o que ya no se podrá desarrollar la actividad sin peligro para los intereses generales: simplemente se prohíbe realizar esa actividad como forma de causar un mal al responsable.” REBOLLO PUIG, M., *op. cit.*, p. 197.

<sup>667</sup> CANO CAMPOS analiza si la retirada de puntos del permiso de conducir, con la consiguiente pérdida o revocación del permiso, constituye una sanción administrativa en sentido estricto, o bien es una simple medida accesorio en materia de seguridad vial. Para aclarar la cuestión, el autor somete la medida a las notas características del concepto de sanción. Así, en primer lugar, la retirada de puntos constituye una consecuencia jurídica derivada de una infracción administrativa, es decir, “los puntos se pierden porque se cometen determinadas infracciones”; en segundo lugar, esta medida encaja en “la idea de castigo” impuesto por la Administración a modo de reacción por la conducta infractora, es decir, tiene “carácter constitutivo y contenido aflictivo”; por último, la revocación del permiso es una consecuencia adicional a la retirada de puntos, ya total, ya parcial, con repercusión sobre todos los conductores, sin distinción y, “...que sólo operaría cuando se realizasen y sancionasen nuevas infracciones”, hasta la pérdida del saldo total. En consecuencia, CANO CAMPOS defiende la naturaleza sancionadora de esta medida bajo el concepto estricto de sanción y que, por otra parte, encajaría dentro de esta categoría general de sanciones administrativas. *Cfr.* CANO CAMPOS, T., *op. cit.*, pp. 108-113.

<sup>668</sup> *Cfr.* RANDO CASERMEIRO, P., “La distinción...”, *cit.*, pp. 97-105. El autor incluye como sanciones administrativas medidas que, sin embargo, el Código penal denomina *consecuencias accesorias*: “Al margen de ello, creo personalmente que basta con imaginar las importantes consecuencias económicas de tales medidas para las personas físicas —a menudo superando en daño a la multa penal o administrativa—, así como el contexto en el que tienen lugar —es decir, como reacción punitiva ante la comisión de una infracción— para concluir que el cierre de establecimientos o la prohibición de actividades constituyen sanciones patrimoniales especialmente graves, que podrían incluso jugar un papel más determinante de cara a conseguir los fines de la pena que una sanción o una pena de multa.” “La distinción...”, *cit.*, pp. 104-105.



disfrutar de licencias, permisos, concesiones o autorizaciones<sup>669</sup>; 4) privación del derecho a obtener subvenciones, beneficios y ayudas públicas. 5) Privación del derecho de celebrar contratos con las administraciones públicas; 6) cierre de establecimientos<sup>670</sup>; y 7) sanciones privativas o restrictivas de otros derechos<sup>671</sup>.

Un supuesto bastante complejo es el de la revocación de los derechos o permisos administrativos como consecuencia del incumplimiento de las condiciones necesarias para mantener la correspondiente autorización, habilitación o clasificación administrativa,<sup>672</sup> porque su distinción con las sanciones que suponen la pérdida de derechos administrativos no resulta sencilla si no analizamos cada supuesto concreto<sup>673</sup>. De acuerdo con la

---

<sup>669</sup> “Se trata de un tipo de sanción cuyo objeto resulta de lo más variado en función del ámbito concreto de la administración en que nos movamos”. “La distinción...”, *cit.*, p. 100.

<sup>670</sup> “También se prevé con frecuencia como sanción en múltiples sectores administrativos. Por ejemplo, para infracciones de contrabando, se dispone el cierre de los establecimientos de los que los infractores sean titulares, que puede ser temporal —de tres meses a un año— o definitivo. Hasta los cinco años puede llegar en el caso de infracciones muy graves en materia de consumo.” “La distinción...”, *cit.*, p. 102.

<sup>671</sup> “En materia de blanqueo de capitales, la sanción de amonestación pública o privada. En el ámbito de extranjería, se prevé la sanción de expulsión del territorio español del extranjero, lo que implica la prohibición de entrada en dicho territorio por un periodo de entre tres y diez años. En el sector ambiental, se prevé como sanción para infracciones muy graves por contaminación acústica la publicación de las sanciones impuestas a través de los medios, así como los nombres, apellidos o denominación o razón social de las personas físicas o jurídicas responsables, según el art. 29.1.a).5º de la Ley 37/2003, del Ruido. Otra sanción peculiar de esta ley es la de privación temporal o definitiva de equipos y máquinas”. RANDO CASERMEIRO, P., “La distinción...”, *cit.*, p. 103.

<sup>672</sup> Esta medida tampoco debe confundirse con la clausura de un establecimiento clandestino o el cese de una actividad que se desarrolla al margen de la ley y que, en consecuencia, incurre en intrusismo profesional, por carecer, en ambos casos, de la correspondiente autorización o habilitación administrativa.

<sup>673</sup> *Cfr.* REBOLLO PUIG, M., *op. cit.*, pp.198 y 199.

jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>674</sup> no podemos determinar un criterio neutro o indeterminado para distinguir con carácter general los casos de revocación por incumplimiento de las condiciones de la licencia o derecho, de la revocación como sanción administrativa en sentido estricto. De este modo, en tanto la revocación de un derecho previo se base en el incumplimiento de las condiciones impuestas por la ordenación correspondiente, no estaremos ante una medida de naturaleza sancionadora.<sup>675</sup>

No obstante, tal y como sucede en el ámbito de la disciplina turística, en algunos supuestos las condiciones de ejercicio de la licencia o derecho administrativo lo son en concepto de límites de la actividad permitida (v. gr., la prohibición de ofertar diferentes menús en los establecimientos clasificados como bares), por lo que si no se respetan estos límites la persona responsable incurrirá en una actividad diferente, no clasificada (en el ejemplo anterior, restaurante), por lo que bastaría, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, con prohibir el ejercicio de la segunda actividad, además de la correspondiente multa, sin necesidad de proceder a la revocación de la clasificación primitiva u original (café-bar).<sup>676</sup>

---

<sup>674</sup> REBOLLO PUIG cita las SSTC 61/1990, de 29 de marzo, y 181/1990, de 15 de noviembre. *Ibidem*.

<sup>675</sup> *Ibidem*.

<sup>676</sup> *Ibidem*, si bien los ejemplos pertenecen al ámbito de la ordenación turística gallega.

### III.4- La sanción de multa: tipología, determinación y discrecionalidad administrativa.

La multa es la sanción “por antonomasia” del Derecho administrativo español<sup>677</sup> o la “medida prototípica” del sistema sancionador español, como señaló SANTAMARÍA PASTOR, para quien su sistema de determinación resulta “bastante tosco”, a diferencia del sistema de días-multa previsto por el legislador para la multa penal.<sup>678</sup> La multa, como sanción administrativa de contenido económico,<sup>679</sup> adopta las modalidades del Derecho penal: la multa fija (hoy, sistema de días-multa) y la multa proporcional. Mientras la determinación de la cuantía de las multas fijas se efectúa a mediante criterios de graduación aplicados a una previa división de las cuantías en escalas y

<sup>677</sup> REBOLLO PUIG, M., *op. cit.*, p. 167.

<sup>678</sup> Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios...*, *cit.*, tomo II, p. 400-401. Para este autor la “cuestión fundamental” de los diferentes sistemas de determinación está en la “*cuantía absoluta*” de la multa, es decir, ¿cuál es el tope máximo que puede prever el legislador para una multa administrativa? Si bien se permitió superar a las multas administrativas la cuantía de las multas previstas por el Código penal para las faltas (hoy *delitos leves*), “en los últimos años” se ha generalizado, “como tope máximo convencional”, la cantidad de 600.000 euros, la cual puede resultar una medida confiscatoria aunque, en realidad, su elevada cuantía “...sólo cumple un desairado espantajo legislativo, ya que sólo en rarísimas ocasiones las multas se aproximan a la misma.” *Principios...*, *cit.*, tomo II, pp. 401 y 402. Sobre la equiparación del tope máximo de la cuantía de multa con los límites máximos previstos para las faltas en el Código penal, *vid.* el artículo de MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. “Multas administrativas”, *cit.*, y su análisis del artículo 603 del Código penal de 1973 (pp. 31-37) que, en su párrafo primero, disponía lo siguiente: “En las ordenanzas municipales y demás reglamentos generales o particulares de la administración que se publicaren en lo sucesivo y en los bandos de policía y buen gobierno que dictaren las Autoridades, no se establecerán penas mayores que las señaladas en este libro, aun cuando hayan de imponerse en virtud de atribuciones gubernativas, a no ser que se determinare otra cosa por leyes especiales.” Otros autores, como RANDO CASERMEIRO, no descartan la implantación del sistema de días-multa en el Derecho administrativo sancionador. Cfr. RANDO CASERMEIRO, P., *La distinción...*, *cit.*, p. 97.

<sup>679</sup> REBOLLO PUIG atribuye a la multa un “carácter socializante”, ya que el deber de pago de una cantidad de dinero opera sobre el patrimonio de la persona y sustituye a medidas más restrictivas de derechos y, sobre todo, a las penas privativas de libertad proscritas en el Derecho administrativo sancionador. Cfr. REBOLLO PUIG, M., *op. cit.*, pp. 167-170.

tramos,<sup>680</sup> en las multas proporcionales la ley fija un tipo porcentual, en función de otra cantidad de dinero o “valor cuantificable”, que opera como “base” para el cálculo de la cuantía final.<sup>681</sup>

En la determinación final de las multas fijadas, la Administración debe tener en cuenta los criterios de graduación, generales<sup>682</sup> y especiales<sup>683</sup>, de acuerdo con

---

<sup>680</sup> Así, para SANTAMARÍA PASTOR la determinación administrativa de la multa se basa en una división en escalas: “una, fijando el mínimo y máximo de multa para cada tipo de infracción; y otra paralela, estableciendo los mínimos y máximos de multas que pueden imponer cada una de las autoridades competentes para ello”. SANTAMARÍA PASTOR, J.A., Principios..., *cit.*, tomo II, p. 400-401. Actualmente, las leyes que tipifican la sanción de multa en cada una de los tres grupos de infracciones (v. gr., leves, graves y muy graves), además de las escalas, suelen graduar las diferentes cuantías de las multas en tres tramos: grado mínimo, grado medio y grado máximo. *Vid.* el artículo 114 de la Ley 7/2011, de 27 de octubre, de turismo de Galicia.

<sup>681</sup> *Cfr.* REBOLLO PUIG, M., *op. cit.*, pp. 168-170. La crítica de este autor sobre el sistema de multa fija se dirige hacia una posible desproporcionalidad entre la cuantía de multa y la capacidad económica de la persona responsable, cuestión que ha sido corregida en el Derecho penal mediante el sistema de días-multa. REBOLLO propone como elemento moderador o corrector de la capacidad económica, la facturación de la persona responsable, como dispone el artículo 69 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista (BOE núm. 15, de 17/01/1997), que, tras la reforma operada por la Ley 1/2010, de 1 de marzo (BOE núm. 53, de 02/03/2010), dispone lo siguiente: “Las sanciones se graduarán especialmente en función del volumen de la facturación a la que afecte, cuantía del beneficio obtenido, grado de intencionalidad, plazo de tiempo durante el que se haya venido cometiendo la infracción, reincidencia y capacidad o solvencia económica de la empresa”. *Op. cit.*, pp. 171-172. En este orden de cosas, la LTG ha optado por multas de carácter fijo y no proporcional, pero sin tener en cuenta la capacidad económica del sujeto más que como un posible criterio de graduación en los supuestos en que concurra la circunstancia de beneficio ilícito obtenido. *Vid.* artículos 114 y 116 de la Ley 7/2011.

<sup>682</sup> *Vid.* artículo 131 de la LRJPAC sobre el principio de proporcionalidad y los criterios de graduación para la determinación de las sanciones administrativas.

<sup>683</sup> Criterios de graduación previstos con carácter específico para algunas de las conductas infractoras tipificadas por la ley del sector administrativo en el que nos movamos; por ejemplo, en la ordenación turística de Galicia, los criterios recogidos en el artículo 116 de la Ley 7/2011, de 27 de octubre, con carácter singular y que analizo en el capítulo siguiente de este trabajo (apartado IV-2-4).

los principios de proporcionalidad y de personalidad, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.<sup>684</sup>

Con relación a la multa proporcional, IZQUIERDO CARRASCO distingue “dos categorías” atendiendo al cálculo de su cuantía final: a) las que persiguen “cuantificar” el valor de la infracción administrativa; y b) aquellas que vinculan su determinación a la capacidad económica del sujeto infractor.<sup>685</sup> Asimismo, por su determinación legislativa (“predeterminación”) el autor diferencia entre multas de “*quantum exacto*” y multas de “mínimo-máximo”.<sup>686</sup>

---

<sup>684</sup> “[...] Es cierto que las multas previstas en la Ley 16/1989 lo han sido, como en otra ocasión hemos afirmado (sentencia de 8 de marzo de 2002, recaída en el recurso de casación 8088 de 1997), dentro de márgenes muy amplios, pero no absolutamente indeterminados, con referencia a variables o criterios sin duda generales y de no fácil y exacta verificación. De modo que no es siempre posible cuantificar, en cada caso, aquellas sanciones pecuniarias a base de meros cálculos matemáticos y resulta, por el contrario, inevitable otorgar al Tribunal de Defensa de la Competencia un cierto margen de apreciación para fijar el importe de las multas sin vinculaciones aritméticas a parámetros de «dosimetría sancionadora» rigurosamente exigibles. Si ello es así en el ejercicio general de las potestades administrativas cuando la Ley lo consiente, tanto más lo será respecto de la potestad sancionadora en el ámbito de la defensa de la competencia, pues resulta inherente a toda decisión sancionadora de este género, además de la finalidad estrictamente represiva, la de defender los intereses públicos «concretados en el funcionamiento concurrencial del mercado, su transparencia y la defensa de los consumidores» incorporando a los instrumentos represivos elementos disuasorios de conductas futuras. Ha de tenerse en cuenta, además, como criterio rector para este tipo de valoraciones sobre la adecuación de las sanciones a la gravedad de los hechos, que la comisión de las infracciones anticoncurrenciales no debe resultar para el infractor más beneficiosa que el cumplimiento de las normas infringidas. (...) En todo caso, con o sin mención legal específica, corresponde a la naturaleza misma de la propia potestad sancionadora, como lo demuestra su posterior inclusión bajo la rúbrica del «principio de proporcionalidad» en el artículo 131.2 de la Ley 30/1992.” STS de 6 de marzo de 2003, sala 3ª, fundamento jurídico décimo.

<sup>685</sup> Cfr. IZQUIERDO CARRASCO, M., *op. cit.*, p. 218-219. “Ciertamente, se trata en su mayoría de conceptos jurídicos indeterminados de una compleja cuantificación, lo que remite las dificultades a la fase de prueba del procedimiento administrativo sancionador. (...) En concreto, que la cuantificación de estos conceptos debe ser –y así ocurre habitualmente– razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de manera tal que permita prever con suficiente seguridad el *quantum* de la sanción.” *Ibidem*.

<sup>686</sup> Cfr. *op. cit.*, pp. 219-221.

Dejando a un lado los sistemas de predeterminación absoluta de las multas,<sup>687</sup> la regla general es que la ley predetermine la sanción de multa de acuerdo con un sistema de límites mínimo-máximo, tal y como ocurre en la vigente LTG.

Este sistema de determinación sancionadora es compatible con el principio de tipicidad, en tanto que la ley no recoja a las sanciones “con unos márgenes excesivamente amplios que impidan conocer con certeza el reproche que merece la realización del comportamiento prohibido”.<sup>688</sup> Con este propósito, el legislador ha venido fraccionando los límites legales (mínimo y máximo) de las multas, en tres tramos o escalas que responden, proporcionalmente, a la posible concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad administrativa: se trata de los grados mínimo, medio y máximo previstos para cada grupo de multas (infracciones leves, graves y muy graves). Cada uno de estos tramos permite individualizar la cuantía definitiva de la multa al caso concreto, en proporción a la concurrencia de una o más circunstancias

---

<sup>687</sup> Estas sanciones predeterminadas por el legislador con carácter absoluto responden a leyes que, entiendo, incluyen algún tipo de sistema o baremo sancionador para la determinación de la sanción sin perjuicio del principio de proporcionalidad, por lo que responden a “...supuestos en los que por la naturaleza de la infracción o las características de la fórmula empleada en la tipificación de infracciones y sanciones –incluyendo la cuantía de ésta– el legislador haya podido realizar una cierta labor de individualización con un alcance aceptable.” IZQUIERDO CARRASCO, M., *op. cit.*, p. 219. Aunque el baremo que presento en el siguiente capítulo, objeto del presente trabajo, responde al esquema anterior, no encajaría en este tipo de predeterminación legislativa, ya que las sanciones recogidas en la LTG no son predeterminadas con carácter absoluto por el legislador autonómico sino a través de unos límites mínimos y máximos que la Administración deberá respetar en el ejercicio de la potestad sancionadora. Así, el baremo sancionador en materia de ordenación turística es una herramienta creada por y para la Administración, mediante la colaboración reglamentaria, para proceder a la determinación de las sanciones de acuerdo con los principios aplicables a la potestad sancionadora y a criterios de graduación, generales y especiales, que concurran en cada supuesto infractor.

<sup>688</sup> IZQUIERDO CARRASCO, M., *op. cit.*, p. 220.



agravantes (grados medio y máximo), o de circunstancias atenuantes (grado mínimo).<sup>689</sup>

Ciertamente, este proceso implica la atribución de una “potestad esencialmente discrecional” al órgano administrativo, con el objeto de que pueda valorar todas las circunstancias subjetivas y objetivas concurrentes en el supuesto<sup>690</sup>.

Como admite IZQUIERDO CARRASCO, es aquí donde tendría cabida un baremo sancionador a modo de instrumento al servicio de la determinación sancionadora, es decir, “una vez establecidos los límites máximos y mínimos de las sanción en una extensión adecuada para cada grado de gravedad” el baremo podría determinar la sanción final atendiendo proporcionalmente a una serie de parámetros deducidos del supuesto concreto<sup>691</sup> ¿Cuál sería su servicio al interés público?, reducir la discrecionalidad administrativa en el procedimiento de individualización de la sanción<sup>692</sup> mediante el otorgamiento

---

<sup>689</sup> Así, el órgano administrativo afronta un proceso complejo de individualización de la sanción: “por un lado, habrá encuadrado la conducta en un determinado tipo al que la ley atribuirá un abanico sancionador; por otro, se encontrará con una serie de elementos variados (*iter criminis*, participación y, muy especialmente, circunstancias) con los que moverse dentro de ese abanico, generalmente sin unas pautas concretas fijadas por la ley. IZQUIERDO CARRASCO, M., *op. cit.*, p. 253.

<sup>690</sup> *Ibidem*.

<sup>691</sup> “...la determinación dentro de estos límites de las sanciones puede realizarse mediante una norma de carácter reglamentario, siempre que la ley lo prevea expresamente y establezca, explícita o implícitamente, los criterios conforme a los que se hará esta concreción.” IZQUIERDO CARRASCO, M., *op. cit.*, p. 221.

<sup>692</sup> Sobre la discrecionalidad administrativa en general y su relación con el ejercicio de la potestad sancionadora, *vid.* FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario”, REDA, núm. 80, Civitas, 1993, pp. 577-612; ATIENZA RODRÍGUEZ, A., “Sobre el control de la discrecionalidad administrativa, comentarios a una polémica”, REDA, núm. 85, Civitas, 1995, pp. 5-26; BACIGALUPO SAGGESE, M., *op. cit.*;

de mayores cotas de seguridad jurídica a todos los ciudadanos afectados por el ejercicio de la potestad sancionadora, sin quiebra del principio de proporcionalidad<sup>693</sup>.

Llegados a este punto, surge una nueva cuestión, tal y como acontecía con la individualización de las multas y el arbitrio judicial; no obstante el amplio reconocimiento de la naturaleza discrecional de la potestad sancionadora, ¿qué grado de facultad atribuyen las normas a los órganos administrativos en la determinación de la sanción? ¿Dónde termina la discrecionalidad administrativa y comienza la arbitrariedad?<sup>694</sup>

---

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., De la arbitrariedad..., *cit.*; LOZANO CUTANDA, B., “El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad”, RAP, núm. 161, CEPC, mayo/agosto, 2003, pp. 83-121; NIETO GARCÍA, A., *op. cit.*, p. 347 y ss.; CASSAGNE, J. C., “La discrecionalidad administrativa”, *La Ley*, septiembre, 2008, disponible en la siguiente dirección de internet: [http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La\\_discrecionalidad\\_administrativa.pdf](http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_discrecionalidad_administrativa.pdf)

<sup>693</sup> Sobre el principio de proporcionalidad y la determinación de la sanción *vid.* el artículo de TORNOS MÁS, J., “Infracción y sanción...”, *cit.*, pp. 607-624.

<sup>694</sup> La arbitrariedad se distancia de la discrecionalidad porque resulta “contraria a la razón” y responde a la “mera voluntad o capricho del funcionario”, así, para CASSAGNE la arbitrariedad es un concepto “...amplio y comprende lo injusto, irrazonable e ilegal, fundado en la sola voluntad del funcionario, siendo uno de los límites sustantivos de la discrecionalidad.” CASSAGNE, J.C., *op. cit.*, pp. 1 y 2. *Vid.* SSTs de 18 de abril de 1990 y de 29 de mayo de 2006, citadas por BACIGALUPO SAGGESE, M., en “Las potestades administrativas”, Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo, tomo III, volumen I (La forma), Iustel, Madrid 2009, lección 1, p. 38. Para el profesor FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ los criterios que delimitan lo discrecional de lo arbitrario son, en primer lugar, la motivación de la decisión y, en segundo lugar, la objetividad, es decir, la necesidad de justificar la decisión con la mayor objetividad posible, por ejemplo, mediante la incorporación al expediente “...de todo el material probatorio necesario para acreditar que su decisión viene apoyada en una realidad fáctica que garantice la legalidad y la oportunidad de la misma, así como la congruencia con los motivos y fines que la justifican (SSTs de 22 de junio y 15 de octubre de 1985)”. FERNÁNDEZ, RODRÍGUEZ, T.R., De la arbitrariedad, *cit.*, p. 90.

El Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora<sup>695</sup> establece en relación a la imposición de sanciones el siguiente mandato: “La aplicación de las graduaciones reglamentarias de los cuadros de infracciones y sanciones legalmente establecidas deberá atribuir a la infracción cometida una sanción concreta y adecuada, aun cuando las Leyes prevean como infracciones los incumplimientos totales o parciales de las obligaciones o prohibiciones establecidas en ella.”

Así, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la discrecionalidad otorgada a la Administración pública para la determinación de sanciones administrativas debe ejercerse “...ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes, al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporción entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, dado que toda sanción debe determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad que constituye un principio normativo que se impone como un precepto más a la Administración y que reduce el ámbito de sus potestades sancionadoras”.<sup>696</sup>

Para empezar, la doctrina científica abrió el debate sobre el poder discrecional en torno a la posibilidad de iniciar o no un procedimiento sancionador. LOZANO CUTANDA abordó este análisis<sup>697</sup> y concluyó con una posición favorable a la

---

<sup>695</sup> Aprobado por Real decreto 1398/1993, de 4 de agosto, ya citado en capítulos anteriores.

<sup>696</sup> STS de 7 de marzo de 1996 citada por GARBERI LLOBREGAT, J. y BUITRÓN RAMÍREZ, G., *op. cit.*, p. 27.

<sup>697</sup> Cfr. LOZANO CUTANDA, B., *op. cit.*, pp. 83-94.

vigencia del *principio de oficialidad* de la acción sancionadora, en atención al principio de legalidad<sup>698</sup>, como una “consecuencia insoslayable del principio de legalidad en materia punitiva”<sup>699</sup>, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional surgida en relación a la acción penal<sup>700</sup>.

NIETO GARCÍA, denunció el “arbitrario” ejercicio de la potestad sancionadora de las administraciones públicas a la hora de perseguir las infracciones administrativas, e hizo responsable de esta situación a diferentes “desaciertos garrafales” de la jurisprudencia española por la creación, entre otras, de las siguientes doctrinas:<sup>701</sup> 1) la imposibilidad de invocar el principio de igualdad en situaciones contrarias a la ley; 2) la falta de legitimación de los ciudadanos para exigir la persecución de las infracciones administrativas, ya se trate de la defensa de intereses públicos o particulares;<sup>702</sup> y 3) la falta de responsabilidad administrativa por hechos de terceros.<sup>703</sup>

---

<sup>698</sup> “Esta posición resulta hoy, a nuestro entender, *la única defendible en cuanto consecuencia ineludible del principio de legalidad que rige la potestad sancionadora de la Administración* y es la única, además, que permite que la potestad sancionadora siga expandiéndose sin poner en grave peligro la seguridad jurídica y la garantía del derecho a la igualdad de los interesados”. *Op. cit.*, p. 94.

<sup>699</sup> *Ibidem*.

<sup>700</sup> STC 173/2002, de 9 de octubre, citada por la autora.

<sup>701</sup> *Cfr.* NIETO GARCÍA, A., *op. cit.*, pp. 27-31.

<sup>702</sup> Sobre los derechos del denunciante en el procedimiento sancionador *vid.* COBREROS MENDAZONA, E., “El reconocimiento al denunciante de la condición de interesado en el procedimiento administrativo sancionador”, publicado en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI, Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, coordinado por SOSA WAGNER, F., tomo II, Valencia, 2000, pp. 1437-1468; MARTÍNEZ YAÑEZ, N., “Problemas jurídico-prácticos de la figura del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador”, REXURGA, núm. 33, 2001, pp. 53-89, disponible en la dirección de internet: <http://www.rexurga.es/pdf/COL131.pdf>; y LOZANO CUTANDA, B., *op. cit.*, pp. 100-106. Mi postura al respecto pasa por distinguir entre una simple *denuncia* (comunicación de unos hechos

---

a la Administración), que daría lugar a la figura del *mero denunciante*, al que no otorgaríamos la condición de interesado en un supuesto procedimiento sancionador, por lo que sólo tendría derecho a conocer el alcance o consecuencias jurídicas de su denuncia, y una *reclamación* (ejercicio de una acción ante la Administración), que daría lugar a la figura del reclamante y cuyos daños o perjuicios, debidamente acreditados en la reclamación, sí le otorgarían legitimidad para ostentar la condición de interesado en un posible expediente sancionador, con todos los derechos que el ordenamiento jurídico administrativo le confiere. Además, la separación entre *denuncia* y *reclamación* nos permite otorgar un trato diferenciado al derecho de acceso del sujeto denunciado o reclamado con respecto a la identidad del denunciante o reclamante. En este sentido, tanto el Tribunal Supremo (STS de 4 de marzo de 2000), como el Tribunal Constitucional (STC 104/2003, de 2 de junio), han declarado, respectivamente, que el conocimiento de la denuncia “no constituye una exigencia constitucional”, salvo que se pretenda utilizar como material probatorio de cargo (v. gr. las actas de inspección) y que no se vulnera el derecho fundamental a ser informado de la acusación por no tener acceso directo a la denuncia, siempre y cuando el sujeto inculcado pueda conocer el “relato fáctico” de la denuncia, es decir, los hechos que se le imputan, en el expediente sancionador. Cfr. ALARCÓN SOTOMAYOR, L., El procedimiento..., *cit.*, p. 123. De acuerdo con esta tesis, considero que la denegación de acceso a la denuncia y, en consecuencia, a la identidad de un particular que actúa como *mero denunciante* no genera indefensión al sujeto inculcado porque son los hechos los que constituyen el objeto de las actuaciones previas y, en su caso, del posterior expediente sancionador. Las circunstancias subjetivas del mero denunciante, que no ostenta la condición de interesado, no tienen relevancia en el procedimiento sancionador. En palabras de ALARCÓN SOTOMAYOR, “[e]sta jurisprudencia es correcta y hasta debe afirmarse más radicalmente que el derecho a conocer la acusación no comprende el derecho a conocer la denuncia. Entre otras razones porque las denuncias de los particulares no forman parte de la acusación a estos efectos. La acusación a la que el derecho fundamental se refiere es aquella que supone un acto formal suficiente para impulsar, orientar y enmarcar el procedimiento administrativo. Nada de ello se da en la simple denuncia que cualquier ciudadano puede y, a veces, hasta debe formular.” *Ibidem*. Cuestión distinta será, a mi juicio, cuando la Administración recibe una *reclamación* formulada por una persona que manifiesta haber sufrido una lesión o un perjuicio en sus derechos o intereses legítimos, bien en su condición de cliente de un establecimiento o actividad turística (v. gr., huésped de un hotel que formula una reclamación por deficiencias en la prestación de un servicio), bien en su condición de usuaria o usuario turístico (v. gr., denegación de acceso a un restaurante). En estos casos nos encontramos ante la figura del *reclamante*, que invoca sus derechos o intereses legítimos frente a la empresa turística, lo cual le otorga la condición de interesado en el oportuno procedimiento y cuyas particularidades deberá conocer la persona reclamada porque podrían tener consecuencias jurídicas en el expediente sancionador como circunstancias modificativas de su posible responsabilidad administrativa. En este caso, la denegación de acceso de la reclamación al reclamante sí podría generar indefensión.

<sup>703</sup> El profesor NIETO GARCÍA pone como ejemplo de esta doctrina jurisprudencial la falta de responsabilidad administrativa de las personas titulares de las discotecas y salas de fiesta que no permiten dormir a los vecinos del entorno por el ruido de sus clientes. Cfr. NIETO GARCÍA, A., *op. cit.* p. 30.

Sin embargo y en relación con el inicio del procedimiento sancionador aboga por la vigencia del *principio de oportunidad*, ya que la Administración “no está obligada por ley a castigar sino que simplemente se le autoriza a hacerlo”.<sup>704</sup>

Para conciliar esta tesis con el principio de legalidad, NIETO hace referencia a la “*discrecionalidad vinculada*”, por la cual la Administración deberá justificar en vía jurisdiccional los motivos que le llevan a perseguir una conducta infractora en un contexto de “tolerancia de incumplimientos”<sup>705</sup>, sometiendo la decisión administrativa a la ley<sup>706</sup> mediante su revisión por la jurisdicción contencioso-administrativa.<sup>707</sup>

---

<sup>704</sup> NIETO GARCÍA, A., *op. cit.*, p. 131. “En mi opinión, el ejercicio de la potestad sancionadora no es obligatorio para la Administración, quien puede, por tanto, iniciar o no los correspondientes expedientes. Sé de sobra que esta tesis repugna el sentimiento de justicia y quebranta el principio de igualdad; pero hay otra razón más pesada que la abona, a saber: la realidad. (...) la realidad se impone indefectiblemente y ella es la que nos enseña que es *materialmente imposible sancionar y aun expedientar a todos los infractores*. Sostener por tanto el carácter obligatorio supondría multiplicar por cien o por mil el número de funcionarios y ni aun así. *Ad impossibilia nemo tenetur*: el Derecho se detiene ante las puertas de lo imposible.” *Op. cit.*, p. 133.

<sup>705</sup> “Pues bien, probado está que en ocasiones es más eficaz a estos efectos la benevolencia que el rigor y tal es la política que se sigue actualmente en casi todas la Administraciones, al menos para las infracciones de masas.” NIETO GARCÍA, A., *op. cit.*, p. 134

<sup>706</sup> El artículo 106.1 de la Constitución española dispone: “Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.”

<sup>707</sup> Cfr. NIETO GARCÍA, A., *op. cit.*, pp. 134 y 135. En este sentido, dice LOZANO CUTANDA, el reconocimiento de cierto grado de legitimación al denunciante, para conocer el destino de su comunicación, y el otorgamiento de la condición de interesado al reclamante, servirán de “...control sobre el ejercicio de la potestad sancionadora cuando proceda, esto es, del respeto por la Administración del principio de oficialidad de la potestad sancionadora, pues cuando esta no actúe, debiendo hacerlo, el denunciante-interesado podrá recurrir la denegación de abrir el expediente ante los Tribunales, que podrán revisarla y declararla, en su caso, ilegal.” LOZANO CUTANDA, B., *op. cit.*, p. 102.



Entre el *principio de oficialidad* y el *principio de oportunidad* se sitúa la propuesta de COBREROS MENDAZONA, que sugiere dos criterios “a partir de los cuales no sea legítimo reconocer a la Administración competente margen alguno de discrecionalidad” para iniciar el ejercicio de la potestad sancionadora en un caso concreto de acuerdo con el *principio de oficialidad*: Por un lado, “la gravedad del hecho constitutivo de la infracción”; por otro, “las repercusiones de dicha acción”, bien por “la entidad del riesgo originado”, bien por la importancia del “daño efectivamente producido”<sup>708</sup>. De acuerdo con este planteamiento, el principio de oportunidad regiría en aquellos supuestos en los que no concurra alguno de los dos criterios, es decir, ante “infracciones leves o de livianas consecuencias”, en los que el autor reconoce “la evidencia de un cierto grado de discrecionalidad en manos de la Administración.”<sup>709</sup>

Sobre la determinación sancionadora, el reconocimiento de discrecionalidad administrativa a la Administración es innegable vista la amplitud de los marcos legales y el “enorme esquematismo” establecidos por el legislador para la

---

<sup>708</sup> COBREROS MENDAZONA, E., *op. cit.*, p. 1454.

<sup>709</sup> *Ibidem*. No obstante COBREROS MENDAZONA matiza este posible margen de discrecionalidad para evitar que la Administración incurra en arbitrariedad administrativa: “En primer lugar, ha de insistirse en que la discrecionalidad, caso de existir, se referirá sólo al momento previo del ejercicio de la potestad sancionadora; una vez decidida su incoación y puesto en marcha el correspondiente procedimiento, la actuación dejará de ser discrecional para ser, en principio, estrictamente reglada. En segundo lugar, debe seguir manteniéndose el control pleno de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa tanto de su ejercicio como de su omisión, si ello resultara discriminatorio, arbitrario o inspirado por finalidad desviada respecto de la específicamente prevista. Finalmente, no puede reconocerse discrecionalidad alguna a la hora de incoar un procedimiento sancionador cuando la infracción sea denunciada por un interesado, sin perjuicio de las facultades que tiene la Administración de comprobar la veracidad de los hechos denunciados.” *Op. cit.*, pp. 1454-1455.

individualización de la sanción administrativa.<sup>710</sup> Para ejecutar este proceso la Administración actúa de acuerdo con las siguientes pautas:<sup>711</sup> 1º) la constatación de un hecho antijurídico (y sus posibles circunstancias), que podría constituir una infracción administrativa;<sup>712</sup> 2º) la subsunción de la conducta en un tipo infractor de la ley;<sup>713</sup> 3º) la subsunción de la infracción en la sanción correspondiente;<sup>714</sup> determinación del grado de sanción en uno de los tramos fijados por el legislador en proporción a la concurrencia o no de circunstancias subjetivas y objetivas en el supuesto;<sup>715</sup> y 4º) la individualización

---

<sup>710</sup> Así lo reconoce el profesor NIETO, para quien la determinación sancionadora por las administraciones públicas "...descansa (...), en un amplio margen que se deja a disposición de los operadores jurídicos y, además en el principio de proporcionalidad entre infracciones y sanciones que ha de inspirar tanto la actuación concreta de la Administración sancionadora como las actividades de control que ejercen los tribunales sobre las decisiones concretas de aquella." NIETO GARCÍA, A., *op. cit.*, p. 349.

<sup>711</sup> *Cfr.* NIETO GARCÍA, A., *op. cit.*, pp. 347 a 350, en la que cita dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional: STC 113/2002, de 9 de mayo (FJ 6º) y STC 100/2003, de 2 de junio (FFJJ 3º y 4º) que admiten cierto margen de discrecionalidad judicial o administrativa en la determinación de la correspondencia entre una conducta infractora y su sanción final.

<sup>712</sup> *V. gr.*, la inspección turística formaliza acta de infracción en la que constata la no exposición de precios en un hotel de tres estrellas concurriendo, además, el incumplimiento de un requerimiento previo formalizado en una previa actuación inspectora; su antijuridicidad reside en el artículo 35, f), de la vigente Ley 7/2011, de 27 de octubre,

<sup>713</sup> *V. gr.*, el incumplimiento del deber de exhibición de precios al público se encuentra tipificado como infracción administrativa leve, en materia turística, en el artículo 109.2, letra b), de la Ley 7/2011.

<sup>714</sup> *V. gr.*, según dispone el artículo 114 de la Ley 7/2011, las infracciones de carácter leve, en materia turística, pueden ser castigadas desde un simple apercibimiento hasta una multa por cuantía de 900 euros.

<sup>715</sup> *V. gr.*, en el caso de las infracciones leves, en materia turística, el artículo 114 de la Ley 7/2011, divide este marco legal en tres tramos: grado mínimo, de apercibimiento a multa de hasta 300 euros; grado medio, con multa de 301 hasta 600 euros; y grado máximo con multa de 601 hasta 900 euros. Constatada en el acta de infracción la concurrencia de una circunstancia agravante (el incumplimiento del plazo otorgado por la inspección turística para subsanar la falta de exhibición de precios), del artículo 116, la Administración turística determina la imposición de la sanción dentro del grado medio previsto para las infracciones leves (multa desde 301 hasta 600 euros).

de la sanción definitiva ponderando todas las circunstancias objetivas y subjetivas.<sup>716</sup>

De la misma manera que ocurre en el Derecho penal, el principio de proporcionalidad deberá informar todo este proceso a modo de límite a la potestad discrecional de la Administración pública y como garantía del sujeto inculcado en el procedimiento sancionador. En este sentido, NIETO atribuye a la discrecionalidad administrativa un papel complementario del principio de proporcionalidad, en su objetivo de evitar una determinación sancionadora que incurra en arbitrariedad.<sup>717</sup>

Asimismo, el medio idóneo para revisar que una sanción es proporcionada a la gravedad de la conducta infractora está en la motivación de la resolución administrativa,<sup>718</sup> a imagen y semejanza de la individualización judicial en el proceso penal, donde también podemos encontrar circunstancias subjetivas y

---

<sup>716</sup> V. gr., dada la categoría del hotel (tres estrellas), la Administración decide imponer a la persona responsable una sanción de multa por cuantía de 400 euros.

<sup>717</sup> “...la discrecionalidad aplicativa es el complemento imprescindible de la proporcionalidad ya que cuando la ley no atribuye automáticamente una sanción concreta a una infracción, se pone en marcha la facultad discrecional de la Administración.” NIETO GARCÍA, A., *op. cit.*, p. 355.

<sup>718</sup> “La exigencia de motivación –y de una cierta motivación, no de cualquiera– no es una mera exigencia técnica; (...), la motivación es una necesidad humana, consustancial a nuestra distintiva condición de entes de razón. Esto es ya por sí sólo suficiente, pero, por si pareciera muy abstracto el argumento, importa recordar que todo poder público es un poder funcional como poder otorgado en consideración a intereses ajenos a los de su titular; es un poder, por lo tanto, obligado a justificarse en su ejercicio, a dar cuenta cumplida de éste.” FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “De nuevo sobre...”, *cit.*, p. 590.

objetivas que moderan la pena judicial y, una vez apreciadas en el supuesto concreto, deberían recogerse en un lugar adecuado de la sentencia.<sup>719</sup>

Nuevamente, la labor legislativa es el elemento clave para la concesión de discrecionalidad a los órganos de la Administración.<sup>720</sup> BACIGALUPO, que opta por un concepto amplio y unitario de la discrecionalidad,<sup>721</sup> sitúa la atribución de discrecionalidad administrativa en la “falta de automatismo” de la relación entre el “*supuesto de hecho normativo*” y la “*consecuencia jurídica*”, propio de las potestades administrativas regladas.<sup>722</sup> En este sentido, mientras la potestad discrecional se caracteriza por una intensa vinculación entre la Administración y el ordenamiento mediante “normas de programación condicional de alta densidad regulatoria”, la potestad discrecional se

---

<sup>719</sup> LLORCA ORTEGA expone dos grupos de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, las relativas al hecho (fácticas u objetivas) y las relativas al sujeto (internas o subjetivas), además de las “circunstancias innominadas”, es decir, aquellas previstas por el legislador pero que no se encuentran en los artículos 21, 22 y 23 del CP. Cfr. LLORCA ORTEGA, J., *op. cit.*, p. 65

<sup>720</sup> Sobre los orígenes franceses de la discrecionalidad administrativa (Revolución administrativa principio de separación de poderes), “...impulsada por el temor a que los jueces pudieran bloquear los cambios revolucionarios”, *vid.* FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., De la arbitrariedad..., *cit.*, pp. 29-30. Sobre su evolución en el Derecho francés, *vid.* pp. 32-35.

<sup>721</sup> BACIGALUPO critica las teorías reduccionistas que abogan por un concepto estricto de discrecionalidad, al margen de los conceptos jurídicos indeterminados, y se acoge a las tesis unitarias, esto es, aquellas que no distinguen entre márgenes de apreciación que operan en el plano del supuesto de hecho normativo y otros que lo hacen en el plano de las consecuencias de la norma. En este orden de cosas, mientras que para los reduccionistas la discrecionalidad opera con carácter volitivo y, exclusivamente, sobre la consecuencia jurídica, la solución unitaria incluye también los conceptos jurídicos indeterminados que operan sobre el supuesto de hecho normativo y no sobre la consecuencia jurídica; es decir, en los dos casos, ya sea la elección de una consecuencia jurídica o la “integración, perfección o concreción” de un supuesto de hecho normativo “incompleto o impreciso”, estamos ante el ejercicio de la discrecionalidad administrativa. Cfr. BACIGALUPO SAGGESE, M., La discrecionalidad..., *cit.*, pp. 30-36.

<sup>722</sup> Cfr. BACIGALUPO SAGGESE, M., La discrecionalidad..., *cit.*, p 29.

caracteriza por una “atenuación” de ese vínculo a través de normas caracterizadas por una “baja densidad regulatoria”.<sup>723</sup> La mayor o menor intensidad del vínculo entre la Administración y la norma repercute en el grado de control jurisdiccional de la actuación administrativa. Así, el autor habla de *control positivo* cuando el órgano judicial revisa la legalidad administrativa en el ejercicio de una potestad reglada,<sup>724</sup> y de *control negativo* cuando el órgano judicial revisa el ejercicio de una potestad discrecional.<sup>725</sup>

Dada la relación existente entre el grado de vinculación de la Administración al Derecho y la intensidad del control jurisdiccional de la actuación administrativa, BACIGALUPO elabora un concepto de discrecionalidad basado en dos planos o perspectivas: en sentido positivo, como margen de libertad o decisión que el legislador atribuye a la Administración; y en sentido negativo, como imposibilidad de proceder a la revisión judicial de la actuación administrativa.<sup>726</sup>

Así las cosas, cuando la Administración ejerce una potestad discrecional, como podría ser la individualización de una multa, la intensidad del control

---

<sup>723</sup> Cfr. BACIGALUPO SAGGESE, M., La discrecionalidad..., *cit.*, pp. 68-80.

<sup>724</sup> “Este control es de máxima intensidad cuando el ordenamiento predetermina de manera exhaustiva y agotadora el sentido o contenido de la actuación administrativa (...) No se limita a determinar si la actuación impugnada adolece de algún vicio jurídico, sino que tiene por objeto comprobar si dicha actuación se corresponde precisamente con la única permitida en el caso concreto por el ordenamiento jurídico. Esto significa que si la actuación administrativa impugnada no coincide con la única permitida en el caso concreto por el ordenamiento jurídico, el juez podrá no sólo anularla sino ordenar también, en su caso, la sustitución de aquella por la que proceda en derecho.” BACIGALUPO SAGGESE, M., “Las potestades..., *cit.*, p.19.

<sup>725</sup> Cfr. BACIGALUPO SAGGESE, M., “Las potestades...”, pp. 19-20, y La discrecionalidad..., *cit.*, pp. 91-93.

<sup>726</sup> Cfr. BACIGALUPO SAGGESE, M., La discrecionalidad..., *cit.*, p. 26.

jurisdiccional es “sensiblemente menor” a cuando ejerce una potestad reglada, ya que la norma atribuye a la Administración un “margen de apreciación o decisión” para determinar el *quantum* final de la sanción. En estos casos el control judicial es “meramente negativo”, es decir, debe limitarse a comprobar que la Administración ha respetado tanto los límites de carácter formal<sup>727</sup> o material<sup>728</sup> y los principios informadores del ordenamiento jurídico, especialmente, los siguientes: interdicción de la arbitrariedad, igualdad, seguridad jurídica<sup>729</sup>, y proporcionalidad.<sup>730</sup> Si la actuación administrativa ha respetado los límites de la ley y los principios jurídicos, la jurisdicción contencioso- administrativa deberá declararla conforme a Derecho.

Por el contrario, si la actuación administrativa no respeta los límites, formales y materiales de las normas, o bien incurre en arbitrariedad, discriminación o resulta desproporcionada, el órgano judicial deberá anular la resolución administrativa objeto de la revisión,<sup>731</sup> “...pero no ordenará su sustitución por

---

<sup>727</sup> V. *gr.*, las normas del procedimiento administrativo sancionador.

<sup>728</sup> V. *gr.*, los límites mínimo y máximo de la multa fijados por el legislador para ese tipo infractor.

<sup>729</sup> BACIGALUPO cita también al principio de confianza legítima, como consecuencia o “manifestación” del principio de seguridad jurídica. *Cfr.* BACIGALUPO SAGGESE, M., “Las potestades...”, *cit.*, pp. 19 y 20.

<sup>730</sup> *Cfr.* BACIGALUPO SAGGESE, M., “Las potestades...”, *cit.*, p. 20.

<sup>731</sup> *Cfr.* BACIGALUPO SAGGESE, M., “Las potestades...”, *cit.*, p. 21. En contra de esta postura encontramos a FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., que criticó la interpretación que PAREJO ALFONSO hizo de los artículos 24 y 106.1 de la Constitución en su libro “Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias” (Tecnos, Madrid, 1993) y defiende la posibilidad de que se produzca la sustitución en sede jurisdiccional, por aplicación del principio de tutela judicial efectiva, especialmente, en aquellos supuestos en los que, anulada la resolución administrativa, ésta pueda ser suplida por una única solución que



otra, pues –aún descartada la opción anulada– podrá seguir habiendo una pluralidad de decisiones alternativas posibles, sin incurrir en infracción de ningún principio jurídico, puedan ser legítimamente adoptadas por la Administración en el ejercicio de su margen de apreciación o de decisión.”<sup>732</sup>

En definitiva, el autor defiende una revisión jurisdiccional basado en un estricto “control jurídico”, es decir, con fundamento en una norma dotada de la suficiente “densidad normativa” para reducir la discrecionalidad administrativa.<sup>733</sup>

Dentro del concepto amplio de discrecionalidad BACIGALUPO incluye a los conceptos jurídicos indeterminados,<sup>734</sup> en cuya estructura la doctrina distingue tres zonas o esferas: una zona de certeza positiva, en la que el concepto se

---

haya sido avalada en el procedimiento administrativo como una opción válida e idónea. Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., “De nuevo sobre...”, *cit.*, pp. 593 y ss.

<sup>732</sup> BACIGALUPO SAGGESE, M., “Las potestades...”, *cit.* p. 21.

<sup>733</sup> Cfr. BACIGALUPO SAGGESE, M., La discrecionalidad..., *cit.*, pp. 95-96.

<sup>734</sup> Buena parte de la doctrina rechaza la inclusión de los conceptos jurídicos indeterminados en el ejercicio de la discrecionalidad administrativa, entre otras razones porque en los conceptos jurídicos indeterminados tan sólo una solución es conforme a Derecho. Entre los reduccionistas, ATIENZA se muestra contrario a esta amplitud conceptual, ya que los conceptos jurídicos indeterminados adolecen de una “vaguedad radical”, por lo que se trata de “elementos característicos de los principios” y no de reglas cuya aplicación exigirá siempre un juicio de ponderación para comprobar si procede o no su aplicación en ese supuesto, mientras que la discrecionalidad administrativa se caracteriza por el ejercicio de reglas y directrices que permiten elegir una determinada consecuencia jurídica o incluso crear un fin especial para cada caso. Cfr. ATIENZA RODRIGUEZ, A., *op. cit.* pp. 22-23. En resumen del propio autor: “Los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad tienen un punto en común (...), pero la diferencia estriba en que la discrecionalidad es el resultado de regular de una cierta forma la conducta (lo que se opone a discrecionalidad es conducta reglada) y los conceptos jurídicos indeterminados un elemento –un rasgo– de un cierto tipo de normas (que, obviamente, se opone a los conceptos jurídicos determinados, esto es, carentes de vaguedad).” *Ibidem*.

cumple, sin lugar a dudas; una *zona de certeza negativa*, en la cual el concepto no se cumple; y una *zona o esfera de incertidumbre*, en la que surgen dudas acerca de su cumplimiento o incumplimiento y, en consecuencia, se hace necesaria una “operación volitiva” del operador jurídico que consistirá, a través de la creación y aplicación de un criterio aplicativo, en colmar de “contenido semántico” la parte indeterminada del concepto de manera que contribuya a su “perfeccionamiento”.<sup>735</sup>

Por su parte, las tesis reduccionistas abogan por un concepto de potestad discrecional<sup>736</sup> que agrupa a dos tipos de discrecionalidad administrativa: a) la “discrecionalidad de actuación”, de actuar o no actuar ante un determinado supuesto;<sup>737</sup> y b) la “discrecionalidad de elección”, es decir, la posibilidad de optar por una de las diversas consecuencias jurídicas, una vez que la Administración ha decidido actuar o bien porque estaba obligada a hacerlo.<sup>738</sup>

---

<sup>735</sup> Cfr. BACIGALUPO SAGGESE, M., La discrecionalidad..., *cit.*, pp. 199-203. El autor rechaza una labor “esencialmente cognoscitiva” del operador jurídico que procede a la interpretación del concepto de cara a su aplicación. En cambio sí admite el perfeccionamiento de una norma de “baja intensidad o densidad” regulativa mediante su integración por medio de criterios aplicativos y equipara el ejercicio de la discrecionalidad a través de la “perfección o integración en sede aplicativa del supuesto de hecho imperfecto de una norma legal” con la potestad reglamentaria, a modo de integración “*in abstracto*”, esto es, “mediante reglamento ejecutivo de la ley”. *Ibidem*.

<sup>736</sup> “Margen de volición para elegir entre la adopción de una consecuencia jurídica u otra en la aplicación de normas de estructura condicional que no obligan a adoptar la consecuencia jurídica por ella prevista o no predeterminan la consecuencia jurídica que deba o pueda adoptarse.” BACIGALUPO SAGGESE, M., La discrecionalidad..., *cit.*, p. 116.

<sup>737</sup> En este grupo incluimos el debate sobre la vigencia del principio de oficialidad u oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora (deber de iniciar o no el expediente sancionador).

<sup>738</sup> Cfr. BACIGALUPO SAGGESE, M., La discrecionalidad..., *cit.*, p. 117.

Entre otros autores reduccionistas, que excluyen los conceptos jurídicos indeterminados del concepto de potestad discrecional, destaca GARCÍA DE ENTERRÍA, que en 1962 defendió su distinción con estas palabras:

“Lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no hay buena fe en el negocio, o el sujeto se ha comportado como un buen padre de familia o no, podemos decir en términos del Derecho Privado; o en nuestro campo: o hay utilidad pública o no la hay; o se da, en efecto, una perturbación del orden público, o no se da ; o el precio que se señala es justo o no lo es, etc. *Tertium non datur*. Hay, pues, y esto es esencial, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta. Aquí está lo peculiar del concepto jurídico indeterminado frente a lo que es propio de las potestades discrecionales, pues lo que caracteriza a éstas es justamente la pluralidad de soluciones justas posibles como consecuencia de su ejercicio.”<sup>739</sup>

---

<sup>739</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, RAP, núm. 38, CEPC, mayo/agosto, 1962, pp. 159-208. De acuerdo con el profesor FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, este trabajo “...marcó un hito en la historia de nuestro Derecho administrativo por su extraordinaria y positiva influencia en la evolución de nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa.” FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., De la arbitrariedad..., *cit.*, p. 30.

La mayor parte de la doctrina administrativista sigue la tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>740</sup> e identifica la teoría del “*margen de apreciación*”, propia de los conceptos jurídicos indeterminados, con un “*mero margen de cognición*”, es decir, le otorga un carácter no volitivo y , por consiguiente, no opera sobre las consecuencias jurídicas de la norma sino, solamente, sobre el ámbito del supuesto de hecho normativo.<sup>741</sup>

Sin embargo, BACIGALUPO rechaza la existencia de diferencias cualitativas entre la aplicación de un concepto jurídico indeterminado, en su zona o halo de incertidumbre, y el ejercicio de una potestad discrecional: primero, desde la perspectiva “teórico normativa”, porque ambos suceden en el supuesto de hecho normativo; segundo, desde el punto de vista “metodológico” porque se trata de “operaciones de *integración normativa*” de “naturaleza *volitiva* y no *cognitiva*”; y tercero, desde el plano de la “programación normativa” por el grado de vinculación que proporcionan.<sup>742</sup>

---

<sup>740</sup> Sobre las potestades discrecionales, las potestades regladas y los conceptos jurídicos determinados *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., Curso de Derecho Administrativo, volumen I, 12ª edición (reimpresión), Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pp. 460 y ss.

<sup>741</sup> La doctrina alemana construyó la tesis del “margen de apreciación” (*Beurteilungsspielraum*) que opera sobre la zona de incertidumbre de los conceptos jurídicos indeterminados y defiende una operación cognitiva y no volitiva, es decir, un “margen de cognición”, condicionado a la concurrencia de determinados requisitos o circunstancias y reconocido a la Administración para proceder a la subsunción bajo los conceptos jurídicos indeterminados del supuestos de hecho normativo. *Cfr.* BACIGALUPO SAGGESE, M., La discrecionalidad..., *cit.*, p. 127.

<sup>742</sup> *Cfr.* La discrecionalidad..., *cit.*, pp. 203 y ss.

Así, BACIGALUPO concluye con la equiparación de ambos procesos tanto en su fase aplicativa, como en la fase de control judicial: “En suma, la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados en su *zona de incertidumbre* y el ejercicio de la discrecionalidad no son sino modalidades de un mismo fenómeno: la *perfección* o integración en sede aplicativa del supuesto de hecho *imperfecto* (indeterminado o inacabado) de una norma jurídico-administrativa.”<sup>743</sup> En consecuencia, el control de la jurisdicción contencioso administrativa dependerá de la “programación positiva” (la norma establece exactamente cuál es el sentido que ha de tener la actuación administrativa) o de la “programación negativa”<sup>744</sup> (la norma se limita a determinar cuál es el sentido o los sentidos que en ningún caso puede adoptar dicha actuación), por parte del legislador<sup>745</sup>.

De esta manera, el ejercicio de una potestad discrecional se somete a un control jurídico negativo, al igual que ocurre con la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados en su zona de incertidumbre. Sin embargo, la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados en su zona de certeza, ya positiva, ya negativa, se somete a un control jurídico positivo, porque ofrecen al

---

<sup>743</sup> Cfr. La discrecionalidad..., *cit.*, p. 205.

<sup>744</sup> BACIGALUPO pone como ejemplo de control jurídico negativo a los principios constitucionales y al resto de principios generales del Derecho porque se limitan a indicar el sentido que nunca podrá adoptar la actuación administrativa. “Así, la actuación administrativa no debe ser nunca, por ejemplo, arbitraria, irracional, irrazonable, desproporcionada, discriminatoria o defraudadora de la confianza legítima.” La discrecionalidad..., *cit.*, p. 208.

<sup>745</sup> Cfr. La discrecionalidad..., *cit.*, p. 207.

órgano administrativo la suficiente densidad normativa para aplicar el concepto o no.<sup>746</sup>

Una vez aquí, podríamos señalar que la naturaleza discrecional de la determinación sancionadora tiene su origen en la imperfección de la norma que la prevé, porque adolece de una baja densidad normativa. Entonces, ¿podríamos otorgar a la norma una mayor densidad normativa para lograr su perfeccionamiento? En definitiva, a través de la integración de la norma, ¿podríamos reducir la discrecionalidad y transformar la potestad discrecional en una operación reglada?

Este planteamiento guarda relación directa con la teoría de la “reducción a cero” de la discrecionalidad<sup>747</sup> que contempla, en sentido opuesto a la naturaleza de todo poder discrecional, la posibilidad de reducir las opciones a una única solución aplicativa para cada supuesto de hecho<sup>748</sup>. Entiendo que, bajo este prisma, sí podríamos contestar afirmativamente las anteriores cuestiones porque es aquí donde tendría encaje un baremo sancionador en materia turística, el cual integraría la LTG otorgándole mayores dosis de perfeccionamiento y densidad normativa mediante su integración a través de la

---

<sup>746</sup> *Cfr.* BACIGALUPO SAGGESE, M., La discrecionalidad..., *cit.*, pp. 209 y 210.

<sup>747</sup> Sobre la teoría de la reducción a cero de la discrecionalidad, *vid.* BACIGALUPO SAGGESE, M., La discrecionalidad..., *cit.* pp. 119 y ss., y “Las potestades...”, *cit.* p. 30.

<sup>748</sup> *Cfr.* BACIGALUPO SAGGESE, La discrecionalidad..., *cit.*, p. 119.



colaboración reglamentaria.<sup>749</sup> No obstante, como señala el profesor FERNÁNDEZ, resulta complicado convertir las prácticas administrativas y la determinación del contenido de una decisión administrativa en meras reglas o cálculos aritméticos.<sup>750</sup>

No obstante, el propio autor propone nuevos retos para el Derecho administrativo, una vez superada la “prehistoria” con la creación de la jurisdicción contencioso-administrativa y la entrada en vigor de la Constitución española, que actúa a modo de “nuevo y sólido muro” protector de la libertad de los ciudadanos y como garantía frente a los posibles abusos del poder administrativo.<sup>751</sup>

Con este fin nace el baremo, pues establece unos criterios de graduación o determinación en forma de tablas, cuadros y escalas para calcular la cuantía sancionadora de cada supuesto que, además de reducir el amplio margen de discrecionalidad administrativa en la determinación de la sanción, operan como

---

<sup>749</sup> Colaboración reglamentaria cuya posible discrecionalidad administrativa se vería sometida, a su vez, a un doble control, en primer lugar, de naturaleza constitucional y, en segundo, de carácter jurisdiccional: “Primero, el del Tribunal Constitucional sobre la ley, en el sentido de verificar si la remisión al reglamento no ha vulnerado las garantías mínimas de regulación que impone la reserva operada por la Constitución. Segundo, el de los Tribunales contencioso-administrativos sobre el reglamento, verificando su sumisión a la ley habilitante y al bloque de legalidad; e incluso sobre la propia ley en el sentido antes apuntado, pues de no llegar al juicio positivo de constitucionalidad, el juez debería plantear la cuestión de inconstitucionalidad.” DE LA CRUZ FERRER, J., “Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria”, RAP, núm. 116, CEPC, mayo/agosto, 1988, p. 80.

<sup>750</sup> “El Derecho en su conjunto es un sistema complejo de respuestas que se resiste como es obvio, a ser expresado en fórmulas estereotipadas como la matemática o la química”. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “De la arbitrariedad...”, *cit.*, p. 95.

<sup>751</sup> *Cfr.* FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “De la arbitrariedad...”, *cit.*, pp. 101-102.

elementos reglados para facilitar la función constitucional atribuida a la jurisdicción contencioso-administrativa, esto es, la verificar que la determinación sancionadora se somete a la ley y cumple los parámetros de objetividad y proporcionalidad.<sup>752</sup>

De esta forma el baremo reduce la discrecionalidad de la individualización sancionadora a una única solución, de manera que su aplicación permitiría al órgano judicial tanto anular la decisión administrativa, como sustituir la cuantía o duración de la sanción administrativa en su sentencia.<sup>753</sup>

En definitiva, el baremo sancionador en materia de ordenación y disciplina turística, es un método al servicio de la Administración autonómica de Galicia que reduce la discrecionalidad, en aras de los principios de legalidad, objetividad y proporcionalidad, y facilita la revisión jurisdiccional de la decisión administrativa con el fin de evitar supuestos de arbitrariedad.

---

<sup>752</sup> Así lo declaran las SSTs de 27 de abril de 1983 y de 29 de noviembre de 1985, tal y como cita el profesor FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. Los hechos determinantes y los elementos reglados reducen la discrecionalidad administrativa pero no eliminan la capacidad decisoria de la Administración para apreciar los hechos y las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto. Así, “el expediente administrativo debe presentar los fundamentos de la decisión” para facilitar la revisión jurisdiccional de la actuación administrativa que, en caso contrario, sería imposible. Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., De la arbitrariedad..., *cit.*, pp. 91-95.

<sup>753</sup> “Sólo excepcionalmente y cuando las circunstancias del caso han reducido con toda evidencia la inicial pluralidad de soluciones teóricamente posibles a una sola, es decir, en los supuestos en que la doctrina alemana hable de reducción *auf Null* del poder discrecional es cuando nuestra jurisprudencia, empujada por la lógica implacable del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, da el paso final e incluye en la sentencia, junto al pronunciamiento anulatorio de la decisión recurrida, el de la condena a la Administración a dictar la única decisión que, dadas las circunstancias del caso, resulta judicialmente posible.” FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., De la arbitrariedad..., *cit.*, p. 214.

## CAPÍTULO IV – UN BAREMO SANCIONADOR AL SERVICIO DE LA ORDENACIÓN Y DISCIPLINA TURÍSTICA DE GALICIA.

“Que el imperio de la ley llegue a realizarse requiere, probablemente, algo así como un cambio de cultura jurídica. Ese cambio de cultura incluye, en mi opinión, un cambio de las técnicas empleadas para garantizar la certeza del Derecho.”<sup>754</sup>

### IV.1- Justificación, elaboración y metodología

Con la creación del baremo sancionador en materia de ordenación turística pongo en manos de la Administración un instrumento cuyo fin es la consecución de mayores cotas de rigor y objetividad en la tramitación de los expedientes sancionadores mediante la reducción de uno de los defectos más característicos de la desconcentración administrativa: la falta de coordinación interna y consiguiente ausencia de criterios de graduación por los diferentes órganos territoriales de la Administración turística de Galicia,<sup>755</sup> lo cual supone

---

<sup>754</sup> VIVES ANTÓN, T.S., *op. cit.*, p. 775.

<sup>755</sup> La doctrina distingue entre la coordinación intradministrativa (*ad intra*) y la coordinación interadministrativa (*ad extra*). Para ORTEGA ÁLVAREZ, la coordinación intradministrativa o “coordinación interna” corrige los defectos derivados de la actual “atomización” administrativa, fruto de la desconcentración y especialización, en beneficio de la unidad. Así, la coordinación, “además de un resultado, es un principio que habilita el uso de técnicas orgánicas y funcionales que prefiguren una mejor consecución de dicho resultado.” ORTEGA ÁLVAREZ, L., *op. cit.*, p. 62. Las técnicas orgánicas atribuyen la función coordinadora a un órgano superior jerárquico dentro de cada estructura administrativa, o bien prevén la creación de órganos colegiados cuyos miembros tienen competencia por razón de la materia y su presidencia es atribuida a los órganos titulares de “la competencia más representativa”. Por su parte, las funcionales persiguen la participación de los distintos agentes “implicados en un asunto” en el procedimiento administrativo correspondiente, o bien la constitución de programas o previsión de las tareas a realizar por las unidades administrativas para conseguir el “objetivo común” *Ibidem*. En este

un peligroso incremento de las probabilidades de imparcialidad y desigualdad en la determinación de las sanciones correspondientes.<sup>756</sup>

Al margen del necesario rigor y objetividad, tanto en la elaboración del baremo, como en su aplicación, resulta imprescindible la vigencia del principio de proporcionalidad, porque todo procedimiento sancionador debe mantener una especial flexibilidad que ajuste esta singular metodología a cada una de las múltiples circunstancias que podrían concurrir en los supuestos concretos.

Esta característica, presente en cada uno de los pasos que conforman la construcción del baremo, proporciona una serie de consecuencias que he analizado en la tercera parte de este trabajo, junto al análisis del resto de principios limitadores del Derecho penal aplicables, con matices, a la potestad sancionadora de las administraciones públicas.<sup>757</sup>

---

contexto, el baremo sancionador es una técnica funcional de coordinación interna aplicable a todas las áreas de la agencia pública *Turismo de Galicia* para el ejercicio de la potestad sancionadora en materia turística.

<sup>756</sup> La ordenación turística gallega, encabezada por la Ley 7/2011, de 27 de octubre, mantiene la competencia para iniciar todos los expedientes sancionadores en las diferentes Áreas provinciales de la agencia, que, además, resolverán los expedientes instruidos por infracciones de carácter leve.

<sup>757</sup> El principio de proporcionalidad y los principios de legalidad, irretroactividad, tipicidad, responsabilidad y prescripción se encuentran recogidos en los artículos 127 y siguientes de la LRJPAC como principios informadores de la potestad sancionadora y responden al acogimiento de la teoría unitaria, primero, por el Tribunal Constitucional y, más tarde, por el legislador. No faltan críticas por una regulación tan ligera de la potestad sancionadora en la legislación básica estatal, como RANDO CASERMEIRO que la tilda de “ramillete de principios confusos establecidos en unos pocos artículos de la Ley 30/1992.” RANDO CASERMEIRO, P., *op. cit.*, p. 74. El profesor GÓMEZ TOMILLO, que considera esta regulación “ridículamente parca”, propone una ley básica estatal que asiente los cimientos de la potestad sancionadora y garantice “la plena igualdad de todos los españoles ante la Ley”, sobre la base de los apartados 1º, 6º y 18º del artículo 149.1 de la CE y sin perjuicio de la legislación autonómica derivada de cada

Como señala el profesor MUÑOZ CONDE, uno de los mayores problemas que sufre el legislador a la hora de enumerar las conductas infractoras en un sector de actividad, consiste en la opción de un mayor o menor grado de casuística en su tipificación. Esta dificultad lleva implícita el riesgo de provocar lagunas legales, cuando se abuse de esta técnica, o una indeterminación de las conductas, cuando se opte por una mayor abstracción de los tipos infractores.<sup>758</sup>

En atención a esta disyuntiva y a través del presente baremo, ofrezco una amplia casuística de conductas infractoras en materia turística, ajustada a los diferentes tipos infractores de la LTG<sup>759</sup> y clasificada en los tres grandes grupos de infracciones contemplados por dicha ley (leves, graves y muy graves, respectivamente). A continuación, sistematizo las conductas en proporción a los bienes jurídicos protegidos y al menor o mayor daño causado a éstos, en tres subgrupos o niveles dentro de cada uno de los grupos: infracciones leves de nivel 1 (L-1), nivel 2 (L-2) y nivel 3 (L-3); infracciones graves de nivel 1 (G-1), nivel 2 (G-2) y nivel 3 (G-3); e infracciones muy graves de nivel 1 (MG-1), nivel 2 (MG-2) y nivel 3 (MG-3).

Asimismo, ordeno las sanciones de cada uno de los grupos infractores (leves, graves y muy graves), en tres subgrupos o niveles (L-1, L-2, L-3; G-1, G-2, G-3;

---

materia. Así ocurre en otros países de nuestro “entorno jurídico cultural”, como Italia, Portugal o Alemania. *Cfr.* GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, p. 26, 27 y 88.

<sup>758</sup> *Cfr.* MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, p. 157.

<sup>759</sup> Artículos 109, 110 y 111 de la Ley 7/2011.

y MG-1, MG-2 y MG-3), mediante tablas o cuadros de graduación<sup>760</sup>, y otorgo a cada una, en función de su menor o mayor cuantía (multas) o duración (suspensión de derechos), un determinado tramo de entre los diez existentes (A-B-C-D-E-F-G-H-I-J).

Con el propósito de garantizar una mayor vigencia del principio de proporcionalidad durante la aplicación del baremo, reservo los cuatro últimos tramos de sanciones más elevadas (G-H-I-J), en cada uno de los niveles de sanciones (leves, graves y muy graves), para supuestos de hecho en los que concurran circunstancias agravantes de la responsabilidad administrativa.<sup>761</sup> De la misma forma, contemplo la posible concurrencia de circunstancias atenuantes en las diferentes conductas infractoras, por lo que cualquier infracción leve podría ser sancionada con un simple apercibimiento<sup>762</sup> o con

---

<sup>760</sup> Los artículos 114 y 115 de la Ley 7/2011, de 27 de octubre, prevén dos grupos de sanciones en materia de ordenación turística: principales (apercibimiento y multas de hasta 90.000 euros) y accesorias (suspensión de la actividad turística o del ejercicio profesional durante un plazo máximo de un año; clausura definitiva del establecimiento o revocación del título administrativo habilitante para el ejercicio de la actividad; y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y otras ayudas económicas de la Administración durante un plazo máximo cinco años).

<sup>761</sup> Las circunstancias modificativas de la responsabilidad administrativa, en el ámbito de la ordenación turística de Galicia, se recogen en el artículo 116 de la Ley 7/2011, que reconoce las siguientes: existencia de intencionalidad de la persona infractora; categoría de la empresa turística; reiteración en las conductas infractoras; incumplimiento de los plazos y de los requisitos concedidos para la corrección de las deficiencias por la inspección turística; la corrección voluntaria de las deficiencias detectadas y de los daños y pérdidas causados; los perjuicios causados a los particulares; el beneficio ilícito obtenido; la trascendencia social de la infracción; las repercusiones negativas para el sector turístico y para la imagen turística de Galicia. Son objeto de análisis y graduación en el apartado IV.2.4.

<sup>762</sup> El apercibimiento es una sanción prevista por la LTG para aquellas infracciones leves en las que concurran circunstancias atenuantes (grado mínimo), con la finalidad de amonestar y advertir al sujeto infractor de la posible imposición de una sanción más grave –multa– si reproduce su conducta infractora. A diferencia de lo que ocurre con otras normas, que recogen el apercibimiento como una medida al margen de las sanciones previstas por la ley y, por consiguiente, permiten apercibir al sujeto infractor sin necesidad de iniciar un expediente



una cuantía mínima de multa (grado mínimo), si se trata de infracciones graves o muy graves. En este orden de cosas y al margen de otorgar una mayor o menor flexibilidad al baremo, en todos los supuestos descritos anteriormente respecto los límites mínimos y máximos determinados por el legislador en la LTG para cada grupo de sanciones.<sup>763</sup>

Pero, ¿y la categoría oficial del establecimiento turístico?, ¿podría influir en la determinación de la sanción? La respuesta es evidente, valga como ejemplo la prestación deficiente de un mismo servicio en hoteles de diferente categoría. Si todos los hoteles están obligados a prestar dicho servicio, es obvio que una prestación deficiente no tendrá la misma gravedad en un hotel clasificado con cinco estrellas que en un hotel clasificado con una.<sup>764</sup> Por supuesto que influye,

---

sancionador (v. gr. artículo 39 bis, punto 2º, de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, introducido por el apartado 11 de la disposición final segunda de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, general de telecomunicaciones, BOE núm. 114, de 10 de mayo de 2014), la LTG otorga al apercibimiento la naturaleza de sanción administrativa (*vid.* el artículo 114 de la Ley 7/2011), por lo que su imposición exigirá siempre la tramitación de un expediente sancionador.

<sup>763</sup> El artículo 114 de la Ley 7/2011, establece los siguientes límites mínimos y máximos para cada grupo de infracciones (leves, graves o muy graves), en relación con las sanciones de multa. Leves, multas de hasta 900 euros; graves, de 901 a 9000 euros; y muy graves, de 9.001 a 90.000 euros. Del mismo modo, el artículo 116 determina la duración mínima y máxima de la sanción accesoria de suspensión de la actividad (hasta 6 meses por reiteración de infracciones graves o de infracción grave que conlleve un notorio perjuicio para la imagen turística de Galicia, un desprestigio de la profesión turística o un daño irreparable para los usuarios turísticos; y de 6 meses y 1 día hasta 1 año, en los mismos casos, por infracciones muy graves) y la de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y otras ayudas económicas de la Administración (hasta 5 años por infracciones muy graves que consistan en la utilización de ayudas económicas, otorgadas por la Administración autonómica, para fines distintos a aquellos para los que fueron concedidas).

<sup>764</sup> De acuerdo con el artículo 58 de la Ley 7/2011, los hoteles se clasifican en cinco categorías diferentes en función del grado de calidad y confort ofrecido a sus clientes. La clasificación en una de las cinco categorías tendrá en cuenta los servicios prestados, el equipamiento de sus habitaciones, las condiciones de las instalaciones comunes a los huéspedes (recepción, salón social, comedor, servicios higiénicos, etc.), los servicios complementarios, el personal de

por eso la recojo en la configuración del baremo como un elemento más para graduar la sanción correspondiente. Entonces, ¿qué ocurrirá en aquellos supuestos en los que se tramiten expedientes sancionadores contra actividades o establecimientos clandestinos que carecen de una clasificación oficial?<sup>765</sup> En estos casos podremos elegir la categoría anunciada por la persona titular del establecimiento a través de cualquier medio publicitario, o bien, si el titular no efectúa publicidad alguna, deberemos equiparar el establecimiento o actividad a la de menor categoría prevista para esa modalidad en la ordenación turística.<sup>766</sup>

Por último, integran el baremo una relación de circunstancias atenuantes, agravantes y mixtas o *ambivalentes*<sup>767</sup>, recogidas en la Ley 7/2011, de 27 de

---

servicio y cualquier otra que se fije reglamentariamente. Así, partimos de hoteles con una estrella (indispensables condiciones de comodidad) y finalizamos en los hoteles de cinco estrellas (primera calidad, lujo y confort).

<sup>765</sup> El artículo 39 de la Ley 7/2011 define el intrusismo profesional como “la realización o publicidad, por cualquier medio de difusión, de los servicios propios de las empresas turísticas en contravención de los requisitos que les son exigibles para el inicio de sus actividades”. Es decir, la apertura de un establecimiento o la realización de una actividad turística sin la preceptiva inscripción en el Registro de empresas y actividades turísticas de Galicia. En el momento de finalización de este trabajo, de acuerdo con el artículo 50 de la Ley 7/2011, tienen la obligación de promover esta inscripción las empresas de alojamiento turístico (establecimientos hoteleros, albergues turísticos, campamentos de turismo, casas de turismo rural, apartamentos turísticos y viviendas turísticas), las empresas de restauración turística (restaurantes, cafeterías y bares), las empresas de intermediación turística (agencias de viaje) y los guías de turismo. Sobre el intrusismo profesional en el ámbito turístico *vid.* CASTEL GAYÁN, S., “Intrusismo y clandestinidad en el sector turístico: una aproximación jurídica”, *Revista Andaluza de Derecho del Turismo*, Junta de Andalucía, núm. 5, junio 2011, pp. 11-31.

<sup>766</sup> Así, por ejemplo, si un restaurante se anuncia simplemente con su nombre comercial, sin determinar categoría turística alguna, habrá que utilizar la categoría mínima prevista en la ordenación autonómica (Decreto 108/2006, de 15 de junio), para este tipo de establecimientos (1 tenedor), por aplicación del principio de *in dubio pro reo*.

<sup>767</sup> Llamo *ambivalentes* a aquellas circunstancias que podrían operar tanto como agravantes, como atenuantes, indistintamente, en aplicación del principio *in bonam partem*, dada la falta de

octubre.<sup>768</sup> La adaptación de las circunstancias agravantes de la responsabilidad a los fines del baremo, excluida la categoría turística por constituir un factor que ya opera en la configuración de las tablas para la determinación de la sanción, exige la atribución de cierto poder de graduación a cada una de ellas, en atención al menor o mayor grado de lesividad que causen al bien jurídico protegido por el legislador. De la misma forma, las circunstancias atenuantes y las mixtas o *ambivalentes* (agravantes o atenuantes), influyen en la determinación sancionadora en atención a su grado de modificación de la responsabilidad administrativa.<sup>769</sup>

En definitiva, la idea básica que preside la creación del baremo consiste en la configuración de un sistema autárquico que determine la sanción administrativa correspondiente al caso concreto, con independencia de las circunstancias concurrentes en cada conducta infractora.

Descrita su elaboración, muestro ahora los pasos para su proceder a su aplicación:

---

predeterminación legislativa de sus efectos en la LTG, como ocurre, por ejemplo, con el criterio de los daños y perjuicios generados a los particulares, recogida expresamente en el artículo 116.1 de la Ley 7/2011. Estas circunstancias reciben el nombre de mixtas en el Derecho penal que, por otra parte, sólo reconoce esta cualidad a la circunstancia de parentesco.

<sup>768</sup> Artículo 116 de la Ley 7/2011.

<sup>769</sup> Como señala MILTON PERALTA, en el ámbito penal, "...castigos de diferente intensidad sólo encontrarán razón de ser en que son el reflejo de hechos que merecen un castigo diferente porque reflejan distintos grados de culpabilidad por el hecho, entendido el hecho como un ilícito penal." MILTON PERALTA, J., "Dogmática del hecho...", *cit.*, p. 613.

1.- Primero, ante la supuesta comisión de una infracción administrativa en materia turística, deberemos encuadrar los hechos dentro de alguna de las **conductas** asociadas por el baremo con los tipos infractores de la ley. De esta manera, la conducta quedará clasificada en uno de los tres niveles que contempla la ley, respectivamente, para las infracciones leves, graves y muy graves.

Por ejemplo, expedir una factura sin los requisitos exigidos por la normativa turística<sup>770</sup> es una conducta tipificada como infracción leve por la LTG<sup>771</sup> y tendría encaje dentro del nivel L-2 del baremo.

2- En segundo lugar, analizaremos el **establecimiento** o la **actividad** en donde se cometió la infracción y su **categoría turística**. Con estos datos acudiremos a la tabla específica y comprobaremos el tramo que le correspondería de entre los ocho existentes (A-B-C-D-E-F-G-H). Siguiendo con el ejemplo anterior, si la factura que incumple la ordenación turística la expide el titular de un restaurante de dos tenedores, quedaría incluida en el tramo D de la tabla de los restaurantes.

---

<sup>770</sup> Obligación recogida en el artículo 35, letra h), de la Ley 7/2011, de 27 de octubre, del turismo de Galicia y desarrollada en el artículo 10 del Decreto 179/2011, de 8 de septiembre, por el que se regula el régimen de precios y reservas de los establecimientos turísticos de alojamiento y restauración en la Comunidad Autónoma de Galicia (DOG, núm. 182, de 22 de septiembre).

<sup>771</sup> El artículo 109.2, letra d), de la Ley 7/2011, de 27 de octubre, tipifica como infracción administrativa de carácter leve: “Expedir sin los requisitos exigidos por la normativa turística las facturas o los justificantes de cobro por los servicios prestados”.

3- Ahora sólo tendremos que acudir al **cuadro de sanciones** relativo a las infracciones leves y localizar el mismo tramo (letra D) dentro de la columna correspondiente al nivel en que fue clasificada la conducta infractora. En el ejemplo de los apartados precedentes, el tramo D del nivel L-2, supondría una sanción de multa por cuantía de 250 euros.

4- Como no podía ser de otra forma, este método gradual permite la apreciación de las **circunstancias atenuantes o agravantes** que concurran en el supuesto infractor, de forma que resulte modificada la responsabilidad administrativa del sujeto inculcado en términos cuantitativos. Esto es, cuando lleguemos al apartado tercero de esta descripción, dentro del respectivo cuadro de sanciones, deberemos comprobar si la circunstancia concurrente agrava la responsabilidad en uno, dos o hasta tres tramos, o bien atenúa su responsabilidad en uno o dos tramos menos.<sup>772</sup>

Siguiendo con el ejemplo de la factura, si antes de su expedición la inspección turística hubiese formalizado un requerimiento al titular del restaurante para facturar conforme a las pautas de la ordenación turística, deberíamos apreciar como circunstancia agravante “el incumplimiento de los plazos y de los requisitos concedidos para la corrección de las deficiencias detectadas por las inspectoras o por los inspectores de turismo”<sup>773</sup>, lo cual incrementaría la

---

<sup>772</sup> Vid. *infra* apartado IV.2.4

<sup>773</sup> Artículo 116.1.d) de la Ley 7/2011

cuantía de la multa un tramo más, pasando del tramo D al tramo E, es decir, de 250 a 300 euros<sup>774</sup>.

Realizadas las aclaraciones pertinentes sobre la elaboración y aplicación del baremo, procedo a su exposición de acuerdo con las disposiciones de la vigente LTG y las siguientes consideraciones:

a) Todas las conductas descritas en el baremo se corresponden con los tipos de infracciones recogidos por el legislador en la LTG<sup>775</sup>, en un respeto absoluto al principio de legalidad. De la misma forma, las sanciones y las circunstancias modificativas de la responsabilidad son recogidas directamente de la ley.

b) Tanto la clasificación de la diferente casuística, como la elaboración de cada una de las tablas del baremo, no han sido realizadas arbitrariamente sino de manera proporcional y motivada, es decir, en atención al menor o mayor daño causado a los diferentes bienes jurídicos protegidos por los tipos infractores de la LTG (derechos de los usuarios turísticos, leal competencia entre las empresas del sector, imagen turística de Galicia, etc.).

c) Insisto, una vez más, en la flexibilidad del baremo propuesto, que lleva el principio de proporcionalidad hasta sus últimas consecuencias. En este sentido,

---

<sup>774</sup>Vid. *infra* apartado IV.2.4, letra d). Este ejemplo aislado es puramente instrumental y no tiene en cuenta la aplicación de otros criterios de determinación que podrían agravar todavía más la responsabilidad administrativa, como la más que posible concurrencia de dolo en el sujeto infractor.

<sup>775</sup> Artículos 109, 110 y 111 de la Ley 7/2011, de 27 de octubre.



el baremo establece para cada uno de los tres grupos de sanciones(leves, graves y muy graves), hasta treinta cuantías de multa diferentes en función del grado de lesividad de la conducta infractora, la categoría turística del establecimiento y otras circunstancias, atenuantes o agravantes, que pudiesen concurrir en el supuesto de hecho.

d) Con relación a la graduación de las sanciones de multa, he respetado la cuantía máxima prevista por la LTG para el grado mínimo de las multas correspondientes (hasta el tramo D),<sup>776</sup> de acuerdo con una abundante jurisprudencia contencioso-administrativa.<sup>777</sup> Esto significa que, a partir del tramo E y siguientes, el baremo tiene en cuenta la categoría oficial del

---

<sup>776</sup> El artículo 114 de la Ley 7/2011, de 27 de octubre, prevé las siguientes sanciones y cuantías para los grupos de multas: a) por infracciones leves, de apercibimiento a multa de hasta 900 euros (el grado mínimo de esta multa abarca hasta los 300 euros; el grado medio, de 301 a 600 euros; y el grado máximo, de 601 a 900 euros); b) por infracciones graves, multa de 901 hasta 9.000 euros (el grado mínimo de esta multa abarca de 901 a 3.600 euros; el grado medio, de 3.601 a 6.300 euros; y el grado máximo, de 6.301 a 9.000 euros); c) por infracciones muy graves, multa de 9.001 hasta 90.000 euros (el grado mínimo de esta multa abarca de 9.001 a 36.000 euros; el grado medio, de 36.001 a 63.000 euros; y el grado máximo, de 63.001 a 90.000 euros).

<sup>777</sup> Por respeto al principio de proporcionalidad, la graduación de una concreta sanción no puede dejarse al arbitrio de la Administración sino que responde a una actividad reglada y debe realizarse “ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida...” (STS de 8 de octubre de 2001) y de acuerdo con “parámetros de dosimetría sancionadora rigurosamente exigibles...” (STS, de 6 de marzo de 2003), AYALA MUÑOZ, N. y PERAL DIEZ, C., Manual de Derecho administrativo sancionador, DE FUENTES BARDAJÍ, J. (director), Ministerio de Justicia, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, p. 256. Así las cosas, la jurisprudencia contencioso-administrativa española respalda la graduación de la sanción de multa en su grado mínimo cuando no concurren circunstancias agravantes de la responsabilidad del sujeto infractor en el expediente sancionador. Entre otras, STSJCM de 10 de junio de 1995; SSTSJCM de 3 de noviembre de 1998, de 10 de enero y 8 de febrero de 2000; STSJIB de 29 de septiembre de 1998; STSJRM de 13 de octubre de 1998 y 11 de junio de 1999; STSJG de 4 de febrero de 1999; STSJPV de 20 de enero de 2000; STSJCL de 30 de julio de 2001; y SSTS de 26 de septiembre de 1990, de 4 de marzo de 1997 y de 9 de diciembre de 1998.

establecimiento como circunstancia agravante, pasando a la cuantía de la sanción al grado medio.

e) En relación con las sanciones accesorias, previstas en la LTG para las conductas tipificadas como graves y muy graves en las que concurren las circunstancias agravantes señaladas por la ley, el baremo contiene tablas específicas que determinan su duración.<sup>778</sup>

f) Dada la ausencia de naturaleza sancionadora en el cierre o clausura de aquellos establecimientos públicos no inscritos en el Registro de empresas y actividades turísticas y la suspensión de actividades que tampoco estén inscritas,<sup>779</sup> siempre que incumplan los requisitos exigidos por la LTG<sup>780</sup>, estas medidas de policía no han sido incorporadas al presente baremo.<sup>781</sup>

g) Una especial cualidad de este baremo es su carácter abierto, es decir, tiene la facultad de incorporar nuevas infracciones, sanciones y circunstancias modificativas de la responsabilidad, lo cual le otorga una mayor estabilidad y

---

<sup>778</sup> Artículo 115 de la Ley 7/2011, de 27 de octubre.

<sup>779</sup> *Vid. supra* el apartado III-3 del capítulo III en este mismo trabajo.

<sup>780</sup> El artículo 106 de la Ley 7/2011, de 27 de octubre, dispone lo siguiente: 1.- “Si mediante la correspondiente inspección se constatase el desarrollo de una actividad turística sin cumplir los requisitos establecidos en el capítulo III del título IV, la inspección turística comunicará esta circunstancia al titular del centro directivo de la consejería competente en materia de turismo, a los efectos de que este pueda adoptar, previa audiencia a la persona interesada, la medida de cierre del establecimiento o de suspensión de la actividad. 2.- La medida contemplada en este artículo se refiere a la normativa turística, siendo independiente de las consecuencias sancionadoras que, con arreglo a la presente ley y a otras que sean de aplicación, pudieran seguirse de los hechos que las motivaron.”

<sup>781</sup> Sobre las medidas de policía administrativa *vid. infra* nota a pie de pág. núm. 1104.

permanencia en el tiempo. El baremo mantiene las puertas abiertas a nuevas conductas infractoras que podrían subsumirse en los actuales tipos infractores o añadirse como nuevas infracciones de la LTG y permite, también, la reclasificación de conductas previstas en otros niveles de diferente gravedad dentro de cada grupo de infracciones, así como la ampliación o reducción de las circunstancias agravantes, atenuantes o, incluso, reconsiderar la mayor o menor afectación a la responsabilidad administrativa por parte de cada una de ellas<sup>782</sup>.



---

<sup>782</sup> Valga como ejemplo lo sucedido con la negativa a entregar las preceptivas hojas de reclamaciones por parte de la persona responsable de la empresa turística, una vez que han sido solicitadas por la persona reclamante. Las leyes 9/1997, de 21 de agosto, y 14/2008, de 3 de diciembre, con mayor criterio y rigor jurídico –a mi entender –, tipificaron esta conducta dolosa como infracción administrativa de carácter grave. Sin embargo, la Ley 7/2011, de 21 de octubre, tipificó esta conducta como infracción administrativa de carácter leve, equiparándola a la carencia de hojas de reclamaciones en el establecimiento, de carácter formal y naturaleza imprudente. Al margen de su valoración técnico-jurídica, la configuración del baremo es compatible con estos cambios y está abierto a cualquier modificación legislativa al respecto.

## **IV.2- Un nuevo baremo adaptado a la Ley del turismo de Galicia**

“Si hubiese una escala exacta y universal de las penas y de los delitos, tendríamos una probable y común medida de los grados de tiranía y libertad, del fondo de humanidad y malicia de las distintas naciones.”<sup>783</sup>

### **IV.2.1- Tablas de las diversas modalidades de establecimientos y actividades turísticas**<sup>784</sup>

#### **IV.2.1.1- El alojamiento turístico**<sup>785</sup>

La ordenación turística de Galicia define a las empresas de alojamiento turístico como “aquellas que, desde un establecimiento abierto al público, se dedican, de manera profesional, habitual<sup>786</sup> y mediante contraprestación económica, a proporcionar alojamiento de forma temporal a las personas, con o

---

<sup>783</sup> BECCARÍA, C., *op. cit.*, p. 101.

<sup>784</sup> He adaptado las tablas del baremo a las disposiciones de la Ley 7/2011, de 27 de octubre, del turismo de Galicia, que, a lo largo de sus títulos IV, V y VI (artículos 33-90), regula a las empresas y profesiones turísticas.

<sup>785</sup> Sobre el contrato de alojamiento turístico *vid.* BLANQUER CRIADO, D., *op. cit.*, pp. 386-399 y RAMALLO MIÑÁN, E., *Manual básico...*, *cit.*, pp. 123-155.

<sup>786</sup> La Ley 7/2011 presume la “habitualidad” cuando el servicio turístico se anuncie “a través de cualquier medio publicitario”, o bien cuando se preste “en una o varias ocasiones dentro del mismo año, por tiempo que, en conjunto, exceda de un mes, salvo que reglamentariamente se determine otro para determinados servicios turísticos, en razón de sus peculiaridades.” *Vid.* artículo 36.4, segundo párrafo.

sin prestación de otros servicios.”<sup>787</sup> Dentro de este conjunto de empresas turísticas, la LTG reconoce las siguientes modalidades:<sup>788</sup>

- 1) establecimientos hoteleros
- 2) apartamentos y viviendas turísticas
- 3) campamentos de turismo
- 4) establecimientos de turismo rural
- 5) albergues turísticos
- 6) cualesquiera otros que se fijen reglamentariamente.

---

<sup>787</sup> Concepto recogido en el artículo 53.1 de la Ley 7/2011. Asimismo, entiendo que el alojamiento turístico bajo precio debería de constituir la *actividad principal* de la empresa turística, tal y como se deduce de la descripción legal en cada una de las tipologías de alojamiento turístico (establecimientos hoteleros, turismo rural, campamentos de turismo, etc.). De acuerdo con este criterio, la actividad de alojamiento puede prestarse de forma aislada o combinada con otros servicios que, en su caso, revestirán un carácter complementario al alojamiento (servicio de comedor, desayunos, congresos, termalismo, etc.).

<sup>788</sup> Recogidas por el artículo 58.2 de la Ley 7/2011 que configura una lista abierta a disposiciones de carácter reglamentario y que no cita a las *pousadas* del artículo 63 porque no constituyen una modalidad alojativa específica sino un simple término o distintivo al que podrán acceder aquellos establecimientos dedicados al alojamiento turístico que, o bien sean propiedad de la *Administración autonómica*, o bien cumplan unas características especiales de carácter arquitectónico o paisajístico que, en la fecha de finalización de esta tesis, todavía no han sido objeto de desarrollo reglamentario. En consecuencia, no procedo a crear una tabla especial para las *pousadas* sino a contemplar este distintivo como una circunstancia agravante incluida en apartado i) del artículo 116.1, es decir, en relación con la imagen turística de Galicia. Por otra parte entiendo que el artículo 63 debería incluir en el ámbito de las *pousadas* a la Administración local de Galicia, aunque sí prevé la cesión de su uso previa la autorización administrativa correspondiente (art. 63.2).

Asimismo, la LTG excluye aquellos alojamientos con “fines institucionales, sociales, asistenciales, laborales, educacionales o que se lleven a cabo en el marco de programas de la administración dirigidos a la infancia y juventud, tercera edad, mujeres o colectivos en situación de necesidad o exclusión social o víctimas de la violencia de género, en especial:<sup>789</sup>

- a) Los albergues de peregrinos de titularidad pública, que se rigen por sus normas específicas.<sup>790</sup>
- b) Los albergues o campamentos juveniles integrados en la red de albergues de juventud, que se regirán por su normativa específica.
- c) Los establecimientos dedicados a alojamientos en habitaciones colectivas por motivos escolares, docentes o sociales, tales como áreas provisionales destinadas a eventos culturales, deportivos o recreativos, que se regirán por sus normas específicas.”<sup>791</sup>

---

<sup>789</sup> Artículo 53.2 de la Ley 7/2011, de 27 de octubre.

<sup>790</sup> La disposición adicional 5ª de la Ley 7/2011, de 27 de octubre, dispone sobre los albergues reservados para los peregrinos del camino de Santiago: “Dentro de los albergues turísticos se incluye la categoría de albergues de peregrinos de los caminos de Santiago. Las normas de desarrollo de la presente ley que regulen su funcionamiento tendrán en consideración su función hospitalaria y la ausencia de ánimo de lucro. Estas dos características, función hospitalaria y ausencia de ánimo de lucro, las que motivan su exclusión como empresas de alojamiento turístico.

<sup>791</sup> Por último, el apartado tercero del artículo 53 excluye aquellos establecimientos que, camuflados bajo la apariencia de empresas de alojamiento turístico, “tengan como finalidad, inducir, promover, favorecer o facilitar la explotación o la comercialización sexual”.



#### IV.2.1.1.a)- Los establecimientos hoteleros

En la misma línea que sus predecesoras, la LTG clasifica los establecimientos hoteleros en dos grandes grupos: los hoteles, pertenecientes al grupo primero, y las pensiones, pertenecientes al grupo segundo.<sup>792</sup> La nota que caracteriza a este alojamiento, común a ambos grupos, reside en las unidades de alojamiento, ya que, salvo alguna que otra excepción<sup>793</sup>, se trata de habitaciones y no apartamentos o viviendas.

---

<sup>792</sup> La clasificación entre hoteles y pensiones parte de la definición prevista en el artículo 57 de la Ley 7/2011 para los hoteles y su fundamento reside en que estos establecimientos ocupan “la totalidad de uno o de varios edificios o una parte independizada de ellos, cuyas dependencias constituyan una explotación homogénea, con entradas, escaleras y ascensores de uso exclusivo”. Actualmente, la norma que desarrolla dicha clasificación y las condiciones y requisitos dentro de cada grupo es, todavía, el Decreto 267/1999, del 30 de septiembre, por el que se aprueba la ordenación de los establecimientos hoteleros en Galicia (DOG núm. 201, de 18 de octubre), si bien es muy posible que esté cercana su derogación, ya que la Administración turística ha presentado en su portal de transparencia un anteproyecto de decreto de establecimientos hoteleros que será aprobado próximamente por el *Consello* de la Xunta de Galicia y que, a grandes rasgos, tal y como describe su exposición de motivos, presenta dos novedades en la ejecución de las disposiciones que la Ley 7/2011 recoge para esta materia: por un lado, la adaptación de la ordenación reglamentaria a la Directiva 2006/123/CE, del 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior, incorporada al ordenamiento jurídico español, con carácter general, mediante la Ley 17/2009, del 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (BOE núm. 283, de 24 de noviembre de 2009); por otro, aunque mantiene la clasificación de los establecimientos por estrellas, introduce parámetros de calidad del servicio en la categorización de los establecimientos, más allá de los puramente métricos o cuantitativos. En este sentido, el próximo decreto introduce criterios de servicios de cariz prestacional, mobiliario y equipamientos de las habitaciones, acceso a los servicios complementarios, servicios de restauración, servicios de telecomunicaciones, entre otros. Asimismo, se introducen elementos de flexibilidad en la rigidez métrica de las superficies exigidas con la finalidad de facilitar la rehabilitación de edificios, la conservación del patrimonio histórico y artístico y una adecuada adaptación de la norma intentando armonizarlo tanto con el resto de normas de otras comunidades autónomas como con las del nuestro entorno más inmediato, en especial con la normativa europea.

<sup>793</sup> Como los hoteles apartamentos, por ejemplo.

**Los hoteles:** pertenecen al grupo primero de los establecimientos hoteleros y la LTG<sup>794</sup> los clasifica en cinco categorías, desde una hasta cinco estrellas.<sup>795</sup> Asimismo, la ley exige su clasificación en diferentes modalidades o especialidades de entre las reconocidas por la ordenación turística, bien por la LTG, bien por la norma reglamentaria correspondiente.<sup>796</sup>

**TABLA 1: HOTELES**

<b>TRAMOS</b>	<b>HOTELES</b>
A	Atenuantes
B	Atenuantes
C	<b>Una y dos estrellas</b>
D	<b>Tres estrellas</b>
E	<b>Cuatro estrellas</b>
F	<b>Cinco estrellas</b>
G	Agravantes
H	Agravantes

<sup>794</sup> Artículo 58 de la Ley 7/2011, de 27 de octubre.

<sup>795</sup> Debo advertir que el anteproyecto de decreto para la ordenación de los establecimientos hoteleros, citado anteriormente, introduce la cualificación “superior” en cada una de las cinco categorías previstas para los hoteles por la ordenación turística actual (1-5 estrellas). He recogido este matiz en el apartado correspondiente a las circunstancias modificativas de la responsabilidad administrativa, como circunstancia agravante especial para los hoteles (*vid. infra* apartado IV.2.4, letra b).

<sup>796</sup> *Ibidem.*

**Las pensiones:** aquellos establecimientos que no cumplen los requisitos para ser incluidos en el grupo primero –*hoteles*– son clasificados dentro del grupo segundo, en una de las tres categorías previstas por la LTG, esto es, de una a tres estrellas.<sup>797</sup>

**TABLA 2: PENSIONES**

TRAMOS	PENSIONES
A	Atenuantes
B	<b>Una estrella</b>
C	<b>Dos estrellas</b>
D	<b>Tres estrellas</b>
E	Agravantes
F	Agravantes
G	Agravantes
H	Agravantes

<sup>797</sup> El artículo 62 de la Ley 7/2011 dispone la posibilidad de utilizar “la denominación de *hostal*” (a los efectos de su comercialización turística pero no como una modalidad más de los establecimientos hoteleros), por aquellas pensiones clasificadas con dos o tres estrellas y que, además, ocupen “la totalidad de un edificio o una parte independizada del mismo, de manera que el conjunto de instalaciones forme un todo homogéneo, con entradas, escaleras y ascensores de uso exclusivo”. En definitiva, el término “*hostal*” no constituye una clase o modalidad de alojamiento turístico sino que se trata de una denominación comercial prevista para las pensiones que cumplan los requisitos de la LTG.

#### IV.2.1.1.b)- Los apartamentos turísticos

De acuerdo con la LTG, la principal característica de esta modalidad de alojamiento turístico reside en las unidades alojativas porque cada una “estará dotada de instalaciones y servicios adecuados para la conservación, elaboración y consumo de alimentos y bebidas”. Además, la ley los clasifica en tres categorías turísticas, de una a tres llaves<sup>798</sup>.

**TABLA 3: APARTAMENTOS TURÍSTICOS**

<b>TRAMOS</b>	<b>APARTAMENTOS TURÍSTICOS</b>
A	Atenuantes
B	Atenuantes
C	<b>Una llave</b>
D	<b>Dos llaves</b>
E	<b>Tres llaves</b>
F	Agravantes
G	Agravantes
H	Agravantes

<sup>798</sup> Artículo 64 de la Ley 7/2011. La norma que actualmente desarrolla las condiciones y requisitos de esta modalidad alojativa es el Decreto 52/2011, de 24 de marzo, por el que se establece la ordenación de apartamentos y viviendas turísticas en la comunidad autónoma de Galicia (DOG núm. 65, de 1 de abril). Ninguna orden autonómica ha desarrollado, todavía, las características y dimensiones de los distintivos previstos en su artículo 20.

#### IV.2.1.1.c)- Las viviendas turísticas

Las viviendas turísticas se caracterizan porque son “establecimientos unifamiliares aislados (...) con número de plazas no superior a 10” y cuya comercialización turística debe ceñirse a “la cesión temporal del uso y disfrute de la totalidad de la vivienda, por lo cual no se permite la formalización de contratos por habitaciones o la coincidencia dentro de la vivienda de usuarios que formalicen distintos contratos”.<sup>799</sup>

---

<sup>799</sup> La ordenación turística actual de Galicia, encabezada por la Ley 7/2011 y desarrollada por el Decreto 52/2011, de 24 de marzo, no contempla categorías para esta reciente modalidad de alojamiento turístico y exige, como condición *sine qua non*, que la vivienda unifamiliar se encuentre *aislada* (art. 65). Sin embargo, en consonancia con las peculiaridades arquitectónicas de las viviendas unifamiliares gallegas y las dificultades para reclasificar en esta modalidad las *viviendas turísticas vacacionales* de leyes anteriores, que fueron inscritas en el Registro de empresas y actividades turísticas voluntariamente, dada la ausencia de un desarrollo reglamentario específico, considero que nuestra ordenación debería ofrecer una mayor flexibilidad para facilitar la apertura de estos establecimientos al público como alojamiento turístico, en beneficio del sector y en perjuicio de la economía sumergida, en su vertiente *informal o irregular*. Así, propongo que la definición legal de vivienda turística sólo recoja su carácter *unifamiliar*, lo cual permitiría eliminar aquellos inmuebles formados por más de una vivienda y su clasificación en dos grupos (A y B), de los cuales, las viviendas del primer grupo (A) sí estarían debidamente *aisladas* (con jardín privado) y las del segundo grupo (B) podrían encontrarse pareadas o adosadas (con o sin jardín propio) a otros inmuebles particulares. De la misma forma que ocurre con los apartamentos turísticos, ninguna orden autonómica ha desarrollado, todavía, las características y dimensiones del distintivo previsto para esta modalidad de alojamiento en el artículo 20 del Decreto 52/2011.

**TABLA 4: VIVIENDAS TURÍSTICAS**

TRAMOS	VIVIENDAS TURÍSTICAS
A	Atenuantes
B	Atenuantes
C	<b>Viviendas turísticas</b>
D	Agravantes
E	Agravantes
F	Agravantes
G	Agravantes
H	Agravantes





#### IV.2.1.1.d)- Los campamentos de turismo

Los campamentos de turismo constituyen una modalidad de alojamiento caracterizada por constituir un espacio de terreno<sup>800</sup> destinado a facilitar la estancia temporal en tiendas de campaña, caravanas, autocaravanas o cualquier otro elemento similar, fácilmente transportable.<sup>801</sup> La LTG los clasifica en tres categorías: superior, primera y segunda.



---

<sup>800</sup> “Delimitado y dotado de las instalaciones y servicios que se determinen reglamentariamente”, *vid.* el artículo 66 de la Ley 7/2011 que también recoge su clasificación.

<sup>801</sup> El Decreto 144/2013, de 5 de septiembre, por el que se establece la ordenación de los campamentos de turismo en Galicia (DOG núm.177, de 17 de septiembre), ha desarrollado las disposiciones del artículo 66 introduciendo dos importantes novedades: por un lado, la desaparición de una superficie mínima obligatoria como requisito previo para habilitar un terreno como *cámping*; por otro, la supresión de un límite máximo para la ocupación de las parcelas por “instalaciones estables”, es decir, elementos fijos prefabricados, de madera o similares, independientes o pareados, de planta baja y con una altura máxima de 3 metros (*vid.* el artículo 2). Así, de acuerdo con esta nueva ordenación, las construcciones prefabricadas (cabañas, *bungalows*, *mobil-home*...), podrían ocupar todas las parcelas de un campamento de turismo.

**TABLA 5: CAMPAMENTOS DE TURISMO**

<b>TRAMOS</b>	<b>CAMPAMENTOS PÚBLICOS DE TURISMO</b>
A	Atenuantes
B	Atenuantes
C	<b>Tercera categoría</b>
D	<b>Segunda categoría</b>
E	<b>Primera categoría</b>
F	Agravantes
G	Agravantes
H	Agravantes

#### IV.2.1.1.e)- Los establecimientos de turismo rural

La LTG caracteriza esta modalidad alojativa mediante dos notas comunes a todos los grupos: su ubicación en el medio rural y sus “especiales características de construcción, localización y singularidad o antigüedad”<sup>802</sup>. La ordenación turística vigente en la actualidad prevé dos clasificaciones para los establecimientos de turismo rural.<sup>803</sup> Ambas están formadas por cuatro grupos, si bien la clasificación de la LTG es una lista abierta a otros grupos<sup>804</sup> y sólo será aplicable cuando se apruebe la norma que lleve a cabo su desarrollo reglamentario.

En este orden de cosas, la actual clasificación reglamentaria de los establecimientos de turismo rural fija los siguientes grupos:<sup>805</sup>

- Grupo A: pazos, castillos, casas grandes, rectorales y similares
- Grupo B: casas de aldea
- Grupo C: casas de labranza, agroturismo

---

<sup>802</sup> Vid. el artículo 67 de la Ley 7/2011.

<sup>803</sup> Utilizo el término *ordenación turística* dado que el desarrollo reglamentario sobre los establecimientos de turismo rural (Decreto 191/2004, de 29 de julio; DOG núm.154, de 10 de agosto), es anterior a la actual ley cabecera de la ordenación turística gallega, la Ley 7/2011, que carece de carácter ejecutivo en esta concreta modalidad. Por lo tanto, la singular clasificación de la citada ley no puede aplicarse. No obstante, en previsión de una próxima aprobación del oportuno desarrollo reglamentario, he elaborado dos tablas (núm. 6 y 7) que recogen la clasificación del Decreto 191/2004 y la de la Ley 7/2011, respectivamente.

<sup>804</sup> Vid. el artículo 67.2 de la Ley 7/2011, que contempla su posible ampliación por vía reglamentaria.

<sup>805</sup> Vid. el artículo 2 del Decreto 191/2004, de 29 de julio.

-Grupo D: aldeas de turismo rural<sup>806</sup>

**TABLA 6: ESTABLECIMIENTOS DE TURISMO RURAL (Decreto 191/2004)**

TRAMOS	TURISMO RURAL
A	Atenuantes
B	<b>Grupos C / B</b>
C	<b>Grupo D</b>
D	<b>Grupo A</b>
E	Agravantes
F	Agravantes
G	Agravantes
H	Agravantes

Por su parte, la LTG dispone los siguientes grupos que podrían, incluso, ser objeto de ampliación por la norma reglamentaria correspondiente:<sup>807</sup>

Grupo I: hospederías rurales

---

<sup>806</sup> Este grupo fue creado por el Decreto 191/2004, de 29 de julio, en desarrollo de lo dispuesto por el artículo 47.2 de la Ley 9/1997, de 21 de agosto, de ordenación y promoción del turismo en Galicia, que también contemplaba una lista abierta de establecimientos de turismo rural: “Reglamentariamente podrán establecerse nuevos grupos o modalidades de estos establecimientos.”

<sup>807</sup> *Vid.* el artículo 67.2 de la Ley 7/2011. En esta nueva clasificación desaparece el grupo de las casas de labranza (anterior grupo C), ya que el *agroturismo* pasa a ser una modalidad “aplicable a los establecimientos integrados en explotaciones agrarias, ganaderas o forestales que, junto al hospedaje, oferten servicios generados por la propia explotación, permitiendo la participación de las usuarias y de los usuarios turísticos” (*vid.* artículo 68).

Grupo II: pazos y otras edificaciones singulares

Grupo III: casas rurales

Grupo IV: aldeas de turismo rural

**TABLA 7: ESTABLECIMIENTOS DE TURISMO RURAL (Ley 7/2011)<sup>808</sup>**

TRAMOS	TURISMO RURAL
A	Atenuantes
B	Atenuantes
C	<b>Grupo III-IV</b>
D	<b>Grupo I-II</b>
E	Agravantes
F	Agravantes
G	Agravantes
H	Agravantes

---

<sup>808</sup> Esta tabla será de aplicación al baremo cuando se apruebe el oportuno desarrollo reglamentario de los artículos 67-73.

#### IV.2.1.1.f)- Los albergues turísticos

La principal característica de esta modalidad de alojamiento turístico, es la oferta por plaza y no por unidad alojativa que se efectúa, “mayoritariamente”, en cuartos colectivos o de capacidad múltiple, tal y como describe la LTG<sup>809</sup>.

De la misma forma que ocurre para otras modalidades alojativas de la actual LTG, no se les aplica esta clasificación sino la prevista por la normativa reglamentaria vigente, es decir, el Decreto 297/1999, de 30 de septiembre, que los considera como una especialidad dentro de los establecimientos hoteleros del grupo segundo (pensiones).<sup>810</sup> Por consiguiente, mientras no se desarrollen las disposiciones de la LTG, resultará de aplicación la tabla correspondiente a las pensiones (tabla núm. 2) y no la siguiente, que he elaborado de acuerdo con un proyecto de decreto de inminente aprobación por el *Consello* de la Xunta de Galicia y cuya propuesta clasificatoria es de dos categorías: albergue turístico y albergue turístico superior.<sup>811</sup>

---

<sup>809</sup> *Vid.* el artículo 74 de la Ley 7/2011.

<sup>810</sup> Los albergues turísticos, según dispuso la Ley 9/1997, de 21 de agosto, no constituían una modalidad de alojamiento turístico por sí mismos, razón por la que el Decreto 267/1999, de 30 de septiembre, los incluyó como una especialidad más dentro del grupo segundo de los establecimientos hoteleros (pensiones). Diez años más tarde, la Ley 14/2008, de 3 de diciembre, previó esta modalidad alojativa de forma independiente, sin embargo, no se produjo el oportuno desarrollo reglamentario por lo que, los albergues turísticos, siguieron clasificados como una especialidad dentro del grupo de las pensiones. En la actualidad, los albergues turísticos permanecen a la espera de un próximo decreto que fije los requisitos técnicos y condiciones específicas para ser clasificados como una modalidad de alojamiento turístico independiente, tal y como prevé el proyecto de decreto que será publicado, muy probablemente en el último cuatrimestre de 2015.

<sup>811</sup> Artículo 3 del proyecto de decreto elaborado por la Secretaría General de Turismo en el año 2013, meses antes de la constitución de la agencia pública autonómica Turismo de Galicia.



**TABLA 8: ALBERGUES TURÍSTICOS**

(Proyecto decreto del año 2013; probable vigencia en 2016)

TRAMOS	ALBERGUES TURÍSTICOS
A	Atenuantes
B	Atenuantes
C	<b>Albergue turístico</b>
D	<b>Albergue turístico superior</b>
E	Agravantes
F	Agravantes
G	Agravantes
H	Agravantes

#### IV.2.1.1.g)- Las *pousadas*

El término *pousada* representa un distintivo de calidad otorgado por la Administración turística autonómica a aquellos establecimientos de alojamiento turístico que cumplan unas determinadas condiciones.<sup>812</sup> No se trata de una modalidad específica dentro de las empresas de alojamiento turístico sino de una cualificación turística relativa a la titularidad y singularidad del establecimiento, razón por la cual lo incluyo en el baremo como circunstancia agravante, es decir, dentro del apartado correspondiente a las circunstancias modificativas de la responsabilidad administrativa.<sup>813</sup>

---

<sup>812</sup> El artículo 63 de la Ley 7/2011 reserva esta denominación a “aquellos establecimientos de alojamiento turístico de su propiedad o que, en todo caso, reúnan unas características especiales, ya sea por sus valores arquitectónicos o por su localización singular en lugares paisajísticamente destacables.”

<sup>813</sup> *Vid. infra*, apartado IV.2.4, letra i).

#### IV.2.1.2 LA RESTAURACIÓN<sup>814</sup>

<sup>814</sup> Sobre la ordenación turística de las empresas de restauración *vid.* RAZQUIN LIZARRAGA, M. M., El marco jurídico de la restauración, monografías de la RAAP, volumen extraordinario (III) denominado Régimen jurídico de los bienes turísticos, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 1999, pp. 419-435; BLANQUER CRIADO, D., *op. cit.*, pp. 451-462; CORCHERO, M., *op. cit.*, pp. 51-55; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *op. cit.*, pp. 244-256; GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., “La concepción y la clasificación de los servicios y los establecimientos de restauración turística”, RADT, núm. 5, junio 2011, pp. 32-70. Estudio disponible en internet, en <http://www.juntadeandalucia.es/turismocomercioydeporte/documentacion/143319649.pdf>; y RAMALLO MIÑÁN, E., Manual básico..., *cit.*, pp. 157-165.

RAZQUIN LIZARRAGA destaca “tres notas distintivas” de la actividad de restauración: su *titularidad*, que corresponde a una empresa turística; el *establecimiento* o local donde se desarrolla la actividad; y la propia *actividad*, es decir, “la prestación de un servicio de comida o bebida, mediante un precio.” Como señala más adelante, los restaurantes fueron expresamente incluidos como empresas turísticas por Decreto 231/1965, de 14 de enero, por el que se aprueba el estatuto ordenador de las empresas y actividades turísticas privadas, que, bajo este término, incluye a las cafeterías y “cuantos establecimientos sirvan al público, mediante precio, comidas y bebidas, cualquiera que sea su denominación”. Esta norma fue desarrollada por las órdenes ministeriales de 17 y 18 de marzo de 1965, que regularon los restaurantes y cafeterías respectivamente. *Cfr.* RAZQUIN LIZARRAGA, M. M., *op. cit.*, p. 420-422. Unos años más tarde se aprobó la Orden ministerial de 19 de junio de 1970, cuyo artículo 4º incluyó a los establecimientos denominados “bares, cafés y similares” dentro de la Orden de 17 de marzo de 1968, si bien les dispensó de cumplir gran parte de los requisitos y obligaciones previstas para los restaurantes. Toda esta ordenación estatal fue derogada por el Real decreto 39/2010, de 15 de enero, por el que se derogan diversas normas estatales sobre acceso a actividades turísticas y su ejercicio (BOE núm. 30, de 4 de febrero de 2010), como consecuencia de la trasposición al ordenamiento estatal de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior mediante la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. De acuerdo con el estudio efectuado por RAZQUIN LIZARRAGA, la inclusión de la restauración en la ordenación turística autonómica, además de “razones económicas” que motivaron la reglamentación estatal de 1965, responde a dos factores con “especial incidencia” dentro del sector, la defensa de los usuarios turísticos como consumidores y usuarios y la calidad en su doble vertiente, económica y medioambiental. Pero, sin perjuicio de la vigencia de estas razones y admitiendo el carácter turístico de la restauración en general, ¿está justificada la inclusión de cualquier establecimiento de restauración en la ordenación turística? *Op. cit.*, pp. 432 y 433. Para el autor, “es innegable el hecho de que muchos establecimientos de restauración no tienen relación con el turismo ni siguiera en ese concepto amplio de cualquier movimiento de personas distinto del laboral.” Esto ocurre, “por ejemplo, en bares o pequeños restaurantes de localidades o barrios que sólo están pensados en función de la asistencia a una clientela fija y que nunca, o sólo muy excepcional o esporádicamente, podrían prestar sus servicios a personas que podrían ser catalogadas como turistas.” *Ibidem.* La propuesta de RAZQUIN LIZARRAGA parte de diferenciar aquellas comunidades autónomas con una “vocación turística esencial”, en las que el turismo es un factor económico determinante, de aquellas otras en las que el turismo es “un elemento menor dentro de su economía”. Mientras que en las primeras el peso de la actividad turística justificaría la inclusión de los establecimientos de restauración sin una relación directa con el turismo en su ordenación, las segundas deberían excluir estos establecimientos de su ordenación, por lo que quedarían bajo la ordenación relativa a la protección de los consumidores y usuarios. *Op. cit.* 433 y 434.

---

No obstante, la puesta en práctica de esta propuesta pasa por precisar sus criterios de delimitación. Así, en primer lugar, ¿qué establecimientos de restauración carecen de una relación directa con el turismo? De acuerdo con las premisas de esta tesis podríamos incluir en este grupo aquellos establecimientos de restauración que no oferten comidas, es decir, algunos bares y todos los cafés, pubs, salas de fiesta, discotecas, etc. En segundo lugar, ¿cuál sería el criterio utilizado para distinguir ambos tipos de territorios?, ¿la declaración oficial de *municipio turístico*?, tal y como se deduce de la tesis del citado autor. Entonces, sería la ley turística de cada comunidad autónoma la encargada de excluir estos establecimientos, con carácter general, de su ámbito material con la excepción prevista para aquellos municipios declarados *turísticos*. Un ejemplo claro de inclusión en el ámbito material de la ordenación turística gallega (Ley 14/2008, “empresas de restauración”) y, posteriormente, de exclusión de dicho ámbito material, (Ley 7/2011 “empresas de restauración”), son los denominados *furanchos* o *loureiros* que, desde la vigencia del Decreto 215/2012, de 31 de octubre, por el que se regulan los *furanchos* de la Comunidad Autónoma de Galicia, que atribuyó las competencias para su ordenación y supervisión a los ayuntamientos y, por consiguiente, fueron excluidos de la ordenación turística.

La característica de las empresas de restauración, para FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “no es tanto el hecho de que ésta sea la actividad prioritaria de la misma como que, efectivamente, forme parte de su actividad la elaboración mediante precio de comidas o bebidas para ser directamente consumidas, con independencia de que ello se haga de forma conjunta a otros servicios.” FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *op. cit.*, p. 247. Así lo reguló la Ley 8/1999, de ordenación turística de Castilla La Mancha, tal y como cita la autora, que califica como empresas de restauración tanto a las actividades de carácter principal como aquellas complementarias de otros servicios principales. Sin embargo, discrepo de este criterio porque una cosa es la definición de la *actividad de restauración* y otra, muy distinta, es la calificación de las *empresas de restauración*. En consecuencia, considero que la clasificación de una empresa dentro del grupo de la restauración turística debería apoyarse en el hecho de que la preparación y el suministro bajo precio de comidas o bebidas para ser consumidas en el mismo local, sea la *actividad principal* de la empresa.

Otro análisis sobre los servicios de restauración y la ordenación turística desarrollada por las comunidades autónomas es el elaborado por el profesor GOSÁLBEZ PEQUEÑO que propone dos perspectivas para proceder a su delimitación: “por un lado, delimitándola de otras actividades empresariales turísticas «afines» y por otro, delimitándola de las actividades empresariales de la restauración no turística.” GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., *op. cit.*, p. 37. Desde estas perspectivas propone diversas cuestiones, una de las cuales gira en torno al dilema de clasificar como *turísticos* aquellos establecimientos de restauración (restaurantes, cafeterías y bares), que no dirigen sus servicios con carácter preferente hacia los turistas sino hacia cualquier consumidor o usuario. Coincido con el autor en el rechazo de soluciones tan simples como una “exclusión generalizada” de los establecimientos de restauración y la posibilidad de suprimir de la ordenación turística aquellos establecimientos que no tengan una relación directa con el sector turístico, al margen de la importancia económica y empresarial del sector en cada una de las respectivas comunidades autónomas. A este problema GOSÁLBEZ PEQUEÑO lo denomina *la vis expansiva del ordenamiento turístico*. Cfr. *op. cit.*, pp. 38 y 39. No obstante, el propio autor reconoce aquellos matices jurídicos necesarios para la protección de los derechos a los usuarios de estos establecimientos que no pueden quedar al margen de ordenación alguna: “Lo anterior no impide obviamente la necesaria y apropiada ordenación normativa de esa restauración no turística dados los intereses públicos afectados por esta *actividad empresarial* ejercida en un *establecimiento público* satisfaciendo determinadas *necesidades de los consumidores, etc.*; pero esa regulación debe efectuarse por la Comunidad Autónoma al amparo de otros títulos competenciales, y no al amparo de sus competencias normativas turísticas.” *Op. cit.*, p. 39.

Las “empresas de restauración” proporcionan comidas y bebidas al público de acuerdo con las siguientes características: (1) la prestación se realiza bajo precio; (2) la actividad se desarrolla de forma habitual y profesional;<sup>815</sup> (3) por último, la prestación incluye los servicios necesarios para el consumo de las bebidas y comidas en el mismo local o sus anexos<sup>816</sup>.

La conjunción de estas tres notas excluye a las siguientes actividades o establecimientos de restauración del ámbito turístico:<sup>817</sup>

- a) Aquellos establecimientos que presten servicio de comida y bebida con carácter gratuito o sin ánimo de lucro.<sup>818</sup>
- b) Las empresas que sirvan comidas y bebidas a contingentes particulares, siempre que no estén abiertas al público en general.<sup>819</sup>

---

En definitiva, todos los estudios sobre la restauración turística tienen el mismo denominador común: la dificultad por encontrar un *criterio delimitador* que permita distinguir aquellos establecimientos de restauración con incidencia en el ámbito turístico.

<sup>815</sup> Vid. el artículo 36.4, párrafo segundo, de la Ley 7/2011 y la nota a pie de pág. núm. 786 en relación al concepto de *habitualidad*.

<sup>816</sup> Vid. el artículo 75 de la Ley 7/2011. La condición de consumo en el propio local “o sus anexos” excluye directamente a las empresas de catering, tal y como establece el artículo 76, letra d). Pero entonces, ¿qué ocurre con los establecimientos de restauración que sólo ofrecen sus servicios para el consumo exterior, es decir, fuera del local? De acuerdo con la ordenación gallega no pueden clasificarse como turísticos porque no cumplen todos los requisitos de la LTG artículo 75. Por otra parte, aquellos establecimientos que permitan su consumo dentro o fuera del local (supuestos cada vez más frecuentes en la actualidad), sí que deben clasificarse como turísticos porque “el establecimiento continúa siendo elemento indispensable y característico del servicio de restauración”. Cfr. GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., *op. cit.*, p. 54.

<sup>817</sup> Vid. el artículo 76 de la Ley 7/2011.

<sup>818</sup> V. gr., los comedores sociales o los comedores de algunas escuelas de hostelería, respectivamente.

- c) Los servicios de restauración en alojamientos hoteleros, siempre que su explotación no fuera independiente del alojamiento y no estuviera abierta al público en general.<sup>820</sup>
- d) Las empresas que sirvan comidas y bebidas a domicilio.<sup>821</sup>

---

<sup>819</sup> V. gr., una sociedad privada que ofrezca a sus socios un servicio de comedor, bajo precio pero con carácter exclusivo, ya sea de forma regular o para eventos.

<sup>820</sup> La LTG excluye los servicios de restauración en alojamientos hoteleros, mas ¿qué ocurre en el resto de empresas de alojamiento turístico con servicios de restauración complementarios, como los establecimientos de turismo rural o los campings, por ejemplo? Una interpretación literal de este apartado, de acuerdo con el concepto de establecimientos hoteleros recogido por el artículo 55 del mismo texto legal, llevaría a la inclusión como establecimientos de restauración del servicio de comedor en el resto de las empresas dedicadas al alojamiento turístico con carácter principal. No obstante, esta interpretación carece de justificación, porque ¿hay alguna razón para excluir, únicamente, el servicio de comedor de los establecimientos hoteleros? No la encuentro, así que propongo sustituir la falta de rigor de la ley por una interpretación extensiva que excluya del concepto de empresas de restauración a todos aquellos servicios de comedor que, con carácter complementario, se presten por las empresas de alojamiento turístico (hoteles, pensiones, establecimientos de turismo rural, campamentos de turismo, etc.). Digo lo del rigor jurídico porque hubiese bastado con indicar en la LTG que sólo se clasifican como *empresas de restauración* aquellas que desarrollen esta actividad con carácter principal y no de forma complementaria al alojamiento. Esta sencilla exclusión legal, sin embargo, resulta de difícil aplicación práctica, debido, en ocasiones, a la publicidad exterior del establecimiento y, en otras, al excesivo celo en su interpretación por parte de la Administración turística. Así, de acuerdo con la ordenación gallega, un establecimiento clasificado en una modalidad de alojamiento turístico y que cuente con el servicio de comedor o de bar, no puede realizar publicidad como “restaurante” o “cafetería” sin la preceptiva clasificación turística específica. Pero, ¿puede ofrecer estos servicios a usuarios que no se encuentren alojados en el establecimiento?, es decir, las empresas de alojamiento turístico ¿pueden prestar sus servicios complementarios al público no alojado? Me refiero a la posibilidad de comer en un hotel o en una casa de turismo rural y no en un restaurante, por ejemplo. Mi postura es clara a favor de la empresa turística porque no encuentro ningún precepto u ordenación que limite o prohíba esta práctica, por lo que considero que su prescripción administrativa sería arbitraria e iría en contra de la libertad de empresa y del principio de economía de mercado reconocido en el artículo 38 de la Constitución. Esto mismo ocurre con otros servicios complementarios de los hoteles, por ejemplo, como los clubes de golf o los balnearios y que se prestan a usuarios no alojados en el hotel. Cuestión distinta será que la prestación de dichos servicios al público no perjudique los derechos de la clientela alojada en el establecimiento, es decir, la empresa está obligada a reservar plazas suficientes para sus huéspedes y prestar un servicio eficaz y conforme con la categoría turística en la que se encuentre clasificado.

<sup>821</sup> V. gr., cualquier empresa que sirva comidas o bebidas a domicilio, siempre que no cuente con instalaciones para su consumo en el propio local. Hay establecimientos que combinan ambos servicios, por lo que sí deberán inscribirse en el Registro de empresas y actividades



- e) Las empresas que presten este servicio en medios de transporte públicos.<sup>822</sup>
- f) Las empresas que sirvan comidas y bebidas a través de máquinas expendedoras.
- g) Las empresas que sirvan comidas y bebidas de manera ambulante, es decir, fuera de un establecimiento comercial, en puestos o instalaciones desmontables, así como en vehículos.<sup>823</sup>

Por último, la LTG clasifica a las empresas de restauración en tres grupos: grupo primero, restaurantes; grupo segundo, cafeterías; y grupo tercero, bares.<sup>824</sup>

---

turísticas como empresas de restauración; en estos casos la ordenación turística sólo resulta de aplicación en relación con el servicio prestado a los usuarios en el propio local y no a domicilio.

<sup>822</sup> V. gr., el restaurante o la cafetería de un tren-hotel.

<sup>823</sup> ¿Quién no ha disfrutado de un pulpo “*á feira*” en una carpa montada para la ocasión en Galicia? ¿Estamos ante establecimientos o actividades sujetas a la ordenación turística gallega? El artículo 76 de la Ley 7/2011 los excluye expresamente, así que quedan sometidos a la ordenación sanitaria correspondiente, a la legislación de régimen local y a las ordenanzas de aquellas entidades locales en donde se instalen y presten sus servicios.

<sup>824</sup> Coincido con el profesor GOSÁLBEZ PEQUEÑO en que esta tradicional clasificación carece de vigencia porque la línea que separaba los diferentes tipos de actividad (trazada por la ordenación turística estatal de los años 60), ha desaparecido de la legislación autonómica actual, de la cual deduce dos notas que caracterizan a la restauración turística: (1) la comida debe “ofertarse plenamente elaborada” y (2) la comida y bebida “debe ser efectivamente suministrada por el personal del establecimiento” Cfr. *op. cit.*, pp. 40-44. A estas dos notas del autor añado una tercera: (3) que el consumo de la comida y bebida se efectúe en el propio local y no en un lugar distinto, para lo cual el establecimiento deberá contar bien con barra, asientos, mesas y sillas (bares y cafeterías), o con un espacio diferenciado, a modo de comedor (restaurantes), además de cubiertos, vajilla, cristalería, etc. Esta última condición permite distinguir los establecimientos de restauración no sólo por su actividad sino también por su estructura, instalaciones y equipamiento.

#### IV.2.1.2.a)- Los restaurantes

Los restaurantes son empresas de restauración dedicadas a la preparación y servicio de comidas desde establecimientos que cuenten con una “cocina adecuada” y “zonas de comedor independientes”.<sup>825</sup> Además, el servicio de comidas se presta en un “horario determinado”<sup>826</sup>. La LTG mantiene la tradicional clasificación en cinco categorías diferentes,<sup>827</sup> es decir, de uno a cinco tenedores.<sup>828</sup>

---

<sup>825</sup> *Vid.* el artículo 78.1 de la Ley 7/2011 que retoma la técnica legislativa de la Ley 9/1997, de 21 de agosto, y vuelve a definir cada una de las modalidades de las empresas de restauración, a diferencia de la norma precedente, la Ley 14/2008, de 3 de diciembre, que dejó en manos de la Administración su definición por vía reglamentaria.

<sup>826</sup> Cuando la vigente ley establece un “horario determinado” para los restaurantes, se refiere a la posibilidad de que cuenten con un horario limitado para el servicio de comedor, lo cual fue desarrollado por el Decreto 108/2006, de 15 de junio (DOG, 11/07/2006), por el que se establece la ordenación turística de los restaurantes y cafeterías de la Comunidad Autónoma de Galicia y que, en su artículo 23, dispone “un período mínimo de dos horas y media para la comida e igual período para la cena”.

<sup>827</sup> Todas las leyes de turismo aprobadas por el legislador gallego, incluida la vigente Ley 7/2011, han mantenido una clasificación creada por la Orden del Ministerio de Información y Turismo, de 17 de marzo de 1965, cuyo artículo 15 clasifica los restaurantes en las categorías de lujo, primera, segunda, tercera y cuarta y dispone “cinco, cuatro, tres, dos y un tenedores” como distintivos respectivos de cada categoría, “colocados verticalmente, uno al lado del otro”. Esta ordenación estatal fue definitivamente derogada mediante Real decreto 39/2010, de 15 de enero, por el que se derogan diversas normas estatales sobre acceso a actividades turísticas y su ejercicio (BOE núm. 30, 04/02/2010).

<sup>828</sup> *Vid.* el artículo 78.2 de la Ley 7/2011. Los requisitos técnicos que condicionan esta clasificación se encuentran en el artículo 6 del Decreto 108/2006. Considero que la actual clasificación turística de los restaurantes en cinco categorías no resulta adecuada para la ordenación turística por su escasa eficacia práctica y desuso. Las cifras del año 2013 son muy significativas, así, de los 5371 establecimientos inscritos en el Registro de empresas y actividades turísticas de Galicia como restaurantes, 4356 establecimientos se encuentran clasificados con un tenedor; 981 establecimientos con dos y 26 establecimientos con tres tenedores. Tan solo 6 restaurantes tienen la categoría de cuatro tenedores y solamente 1 cuenta con cinco tenedores. Por consiguiente, propongo reducir esta clasificación turística a tres categorías (de uno a tres tenedores), además de actualizar los requisitos y condiciones exigidas a cada categoría en función de parámetros valorados por los usuarios turísticos. A título de ejemplo, con la ordenación actual ninguna de las cinco categorías exige que las cartas indiquen si el pescado es fresco o congelado, o si su procedencia es de la pesca extractiva -salvaje- o de

**TABLA 9: RESTAURANTES (Ley 7/2011)**

TRAMOS	RESTAURANTES
A	Atenuantes
B	Atenuantes
C	<b>Un tenedor</b>
D	<b>Dos tenedores</b>
E	<b>Tres tenedores</b>
F	<b>Cuatro y cinco tenedores</b>
G	Agravantes
H	Agravantes

---

granjas acuícolas -piscifactoría- y, sin embargo, son detalles que guardan una gran relación con el principal objetivo de nuestra ordenación, la calidad sino la excelencia turística. Fuente: *Directorio de empresas e actividades turísticas: restauración, intermediación turística e profesiones turísticas*, Xunta de Galicia, edición actualizada a 2014 y disponible en el “canal profesional” de la página web de la agencia Turismo de Galicia: <http://www.turgalicia.es/canal-profesional?langId=es> **ES**

**TABLA 10: RESTAURANTES**

(Clasificación propuesta en la nota a pie de pág. núm. 828)

TRAMOS	RESTAURANTES
A	Atenuantes
B	Atenuantes
C	<b>Un tenedor</b>
D	<b>Dos tenedores</b>
E	<b>Tres tenedores</b>
F	Agravantes
G	Agravantes
H	Agravantes

#### IV.2.1.2.b)- Las cafeterías

Dos notas caracterizan a las cafeterías de acuerdo con la LTG<sup>829</sup>: (1) el servicio se presta a través de “barra y mesas” que conforman “una misma unidad espacial”; (2) además de todo tipo de bebidas, pueden ofrecer al público una “oferta de restauración sencilla y de ordinario a la plancha”, para la que contarán con un “adecuado servicio de cocina”.<sup>830</sup> La ley actual, por una parte, ha omitido cualquier referencia al horario de prestación de servicios<sup>831</sup> y, por otra, la clasificación turística de estos establecimientos, aunque la disposición reglamentaria correspondiente prevé tres categorías, de una a tres tazas.<sup>832</sup>

---

<sup>829</sup> Vid. el artículo 79 de la Ley 7/2011. De ambas notas deduzco dos límites con los restaurantes. Primero, en relación a su actividad de restauración, que será “sencilla y de ordinario a la plancha”, y segundo, en cuanto a su estructura, es decir, la ausencia de comedor.

<sup>830</sup> La Ley 7/2011 sustituye el añejo y ambiguo término “platos combinados” por una “oferta de restauración sencilla y de ordinario a la plancha”, lo que considero acertado y conforme con una adecuada técnica legislativa. Por su parte, el artículo 7 del Decreto 108/2006, de 15 de junio, define a las cafeterías por ofrecer “*platos simples o combinados* de elaboración sencilla y rápida, principalmente en frío o a la plancha”, tal y como hacía la Ley 9/1997 que desarrolló y ejecutó.

<sup>831</sup> La Ley 9/1997, de 21 de agosto, definió las cafeterías de forma más compleja que la Ley 7/2011, ya que advertía de notas como la carencia de comedor y la obligación de ofrecer sus servicios “a cualquier hora del horario de apertura”. Esta última característica proviene de la Orden de 18 de marzo de 1965, por la que se aprueba la ordenación turística de las cafeterías, hoy derogada por el Real decreto 39/2010, de 15 de enero, y que, en su artículo 1, definía a las cafeterías por prestar sus servicios “a cualquier hora, dentro de la que permanezca abierto el establecimiento”. Considero muy significativa de la buena técnica empleada por la Ley 9/1997 y su normativa de desarrollo (Decreto 108/2006, de 15 de junio), la delimitación de las diferentes empresas de restauración (restaurantes, cafeterías y bares), tanto por el contenido de sus servicios (todo tipo de platos y menús en los restaurantes, platos simples o combinados de elaboración sencilla o a la plancha en las cafeterías y el plato del día en los bares), como por el horario de su prestación, de manera que, mientras los restaurantes podían ofrecer cualquier comida o cena dentro de su horario predeterminado de comedor, diferenciado del horario de apertura, la prestación de los servicios de cafetería quedaba vinculada a todo el horario de apertura.

<sup>832</sup> Vid. el artículo 8 del Decreto 108/2006, de 15 de junio.

**TABLA 11: CAFETERÍAS**

<b>TRAMOS</b>	<b>CAFETERÍAS</b>
A	Atenuantes
B	Atenuantes
C	<b>Una taza</b>
D	<b>Dos tazas</b>
E	<b>Tres tazas</b>
F	Agravantes
G	Agravantes
H	Agravantes

#### IV.2.1.2.c)- Los bares

La LTG define a los bares como establecimientos que cuentan con un “servicio de barra” donde se ofrecen “todo tipo de bebidas” a sus clientes y que podrán acompañarse de “tapas y raciones”.<sup>833</sup> Asimismo, la vigente ley prevé la posible instalación de mesas en la misma prestación de un “servicio de restauración”.<sup>834</sup>

Los bares no han sido objeto de clasificación por la ordenación turística gallega, ni legal, ni reglamentaria.<sup>835</sup> En consecuencia y de acuerdo con una interpretación restrictiva del concepto de bar previsto por la ley, propongo una tabla de la que excluyo aquellos *establecimientos de ocio o entretenimiento* que

---

<sup>833</sup> Vid. artículo 80 de la Ley 7/2011. La LTG configura esta definición a través de tres notas con diferente peso en la caracterización de estos establecimientos. Las dos primeras tienen carácter preceptivo por lo que son de aplicación a todos los bares (“servicio de barra” y oferta de “todo tipo de bebidas”); sin embargo, la tercera es de carácter potestativo (servicio de “tapas y raciones”), y comprende otros productos similares como bocadillos, sándwiches, pinchos, etc. No obstante, al igual que ocurre con las cafeterías, la LTG contempla la posibilidad de instalar mesas en la misma unidad espacial e incluso de ofrecer un “menú único” por un “precio global”. Pero, ¿cuál es la interpretación correcta de los términos “tapas y raciones” y “menú único”? De acuerdo con el significado previsto en el diccionario de la RAE, propongo una interpretación estrictamente cuantitativa y no cualitativa, es decir, los bares que oferten estos servicios deberán limitar sus productos a “pequeñas porciones de alimentos” (tapas) y “porciones de alimentos” (raciones) y a un menú compuesto por un “único” primer plato, un “único” segundo y un postre o café.

<sup>834</sup> Del concepto legal de bares deduzco dos límites con relación a los restaurantes, el relativo a la actividad de restauración, sólo pueden ofrecer “tapas y raciones” y no platos de “comidas”, y el referente a la estructura del local, la carencia de comedor. En cuanto a las diferencias entre bares y cafeterías, el único límite que infiero de este concepto afecta a la actividad de restauración, esto es, la elaboración de platos de elaboración sencilla (cafeterías) y la posibilidad de ofrecer un menú único (bares).

<sup>835</sup> Las disposiciones de la LTG sobre los bares no han sido objeto de desarrollo reglamentario. Sobre los bares como establecimientos turísticos de restauración y las singularidades de la ordenación turística aprobada por las diferentes comunidades autónomas vid. GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., *op. cit.* pp. 57-60.



no pertenecen al ámbito de la restauración,<sup>836</sup> e incluyo los pubs, como establecimientos mixtos (de restauración y ocio), al margen de la discusión sobre su incidencia en el ámbito turístico.<sup>837</sup>

---

<sup>836</sup> Una interpretación demasiado amplia del concepto de bares previsto por la Ley 7/2011 llevaría a la inclusión de aquellas salas de fiesta, discotecas, cafés concierto, pubs, etc., que sirvan bebidas al público mediante un servicio de barra. Sin embargo, ¿pertenecen al ámbito de la *restauración turística* estos establecimientos? De acuerdo con el análisis del profesor GOSÁLBEZ PEQUEÑO, considero que las discotecas, salas de fiesta y establecimientos similares no se pueden clasificar dentro de esta categoría, ni siquiera como empresas de restauración, porque su actividad principal “consiste (...) en los servicios de baile, música y otros espectáculos, teniendo el suministro de comidas y/o bebidas en estos establecimientos un carácter absolutamente complementario o secundario en relación a los citados servicios de entretenimiento.” GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., *op. cit.*, p. 45. Así, sobre la base de su actividad principal, considero que las salas de fiesta, discotecas y similares deberían clasificarse como establecimientos “*de ocio o entretenimiento*” y no de restauración, por lo que el ámbito material de su ordenación sería el de los espectáculos públicos y, en materia de precios, el de los consumidores y usuarios. Más problemática es la clasificación de los pubs, para los que GOSÁLBEZ PEQUEÑO utiliza la calificación de establecimientos “*mixtos*”, ya que “constituyen un *tertium genus*, unos establecimientos turísticos con entidad propia y diferenciada de los establecimientos de restauración y los establecimientos de ocio o de entretenimiento, porque en ellos tan importante es la prestación de servir bebidas (propia de los establecimientos de restauración) como la consistente en emitir música (propia de los establecimientos de ocio). *Op. cit.* pp. 45 y 46.

<sup>837</sup> *Vid. supra* nota a pie de pág. núm. 814 donde expongo el análisis del profesor LIZARRAGA sobre las empresas de restauración.

**TABLA 12: BARES**

<b>TRAMOS</b>	<b>BARES</b>
A	Atenuantes
B	Atenuantes
C	<b>Bares, café-bares, tabernas y similares</b>
D	<b>Pubs y similares</b>
E	Agravantes
F	Agravantes
G	Agravantes
H	Agravantes

#### IV.2.1.3- LA INTERMEDIACIÓN TURÍSTICA<sup>838</sup>

<sup>838</sup> Sobre la intermediación turística, *vid.* BLANQUER CRIADO, D., *op. cit.*, pp. 311-334; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *op. cit.*, pp. 227-230; y RAMALLO MIÑÁN, E., Manual básico..., *cit.*, pp. 65-86. En relación con la ordenación turística gallega, considero que una descripción legal de las características que definen a los diferentes productos ofrecidos por estas empresas (*servicios sueltos*, *paquetes turísticos* y *viajes combinados*), sería de mucha utilidad para una clara delimitación de las actividades de las agencias de viaje y centrales de reserva porque, actualmente, el artículo 20.2 del Decreto 42/2001, de 1 de febrero, de refundición en materia de agencias de viajes, guías de turismo y turismo activo, ofrece un concepto muy singular de los *paquetes turísticos*. Este precepto dispone que, además de los viajes combinados, sometidos a la correspondiente ordenación estatal, los contratos celebrados por las empresas de intermediación turística podrán tener como objeto:

- a) “*Servicios sueltos*, cuando se facilitan a comisión elementos aislados de un viaje, o una estancia.”
- b) “*Paquetes turísticos*, cuando sin alcanzar la condición de viajes combinados definidos en dicha Ley 21/1995, de 6 de julio, se reúne un conjunto de servicios previamente programados al público por un precio global o proyectados mediante solicitud del cliente también por un precio global.”

Resulta llamativo el concepto estricto de *paquete turístico* utilizado por la norma gallega, como conjunto de servicios contratado por un precio global que no alcanza la condición de *viaje combinado*, lo cual distingue esta regulación de otras ordenaciones autonómicas que utilizan indistintamente ambos conceptos como sinónimos.

La regulación estatal de los viajes combinados se encuentra en el libro IV (artículos 150-165) del Real decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, y su título competencial reside en las competencias exclusivas que corresponden al Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, de acuerdo con el artículo 149.1. 6º y 8º de la CE, razón por la cual no estamos ante una ordenación administrativa sino de una norma que pertenece al orden civil (Derecho privado) y no al Derecho público. El artículo 150 define a los viajes combinados como “la combinación previa de, por lo menos, dos de los elementos señalados en el párrafo siguiente, vendida u ofrecida en venta con arreglo a un precio global, cuando dicha prestación sobrepase las 24 horas o incluya una noche de estancia.” Los citados elementos son los siguientes: a) transporte; b) alojamiento, c) otros servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento y que constituyan una parte significativa del viaje combinado. Sobre el contrato de viaje combinado y su regulación estatal *vid.* PASTOR SEMPERE, M<sup>a</sup>.C., “El viaje combinado en el RDLG 1/2007 (texto refundido ley general de consumidores) y leyes complementarias”, Cuadernos de Turismo, núm. 25/2010, Ediciones de la Universidad de Murcia, enero-junio, pp. 99-124, disponible en internet: <http://revistas.um.es/turismo>; GONZÁLEZ CABRERA, I., La regulación del contrato de viaje combinado, *Revista de Derecho Privado*, edición especial, 2012, pp. 181-200, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/23/dtr/dtr8.pdf>; MARTÍNEZ ESPÍN, P., El contrato de viaje combinado: estudio normativo, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 2/2012, pp. 76-90, disponible en internet: <http://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/48>; MARTÍNEZ ESPÍN, P., Responsabilidad en el contrato de viaje combinado. La solución definitiva. Comentario a la STS

La LTG define las empresas de intermediación turística como aquellas que “se dediquen profesional y habitualmente al ejercicio de actividades de asesoramiento, mediación y organización de servicios turísticos, con posibilidad de que utilicen medios propios para llevarlas a cabo.”<sup>839</sup> La principal novedad de esta ley es el reconocimiento de las centrales de reserva como intermediación turística, razón por la que clasifica a estas empresas en dos grupos:

**Las agencias de viajes**<sup>840</sup>: pertenecen al grupo primero de las empresas de intermediación turística, esto es, aquéllas que ejercen la intermediación turística a través de la venta de servicios turísticos, ya sueltos o aislados<sup>841</sup>, ya de organización y venta de *paquetes turísticos*<sup>842</sup> y *viajes combinados*<sup>843</sup>, así

---

de 20 de enero de 2010, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 2/2012, pp. 126-137, disponible en internet: <http://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/50>.

<sup>839</sup> Artículo 81 de la Ley 7/2011. RAMALLO MIÑÁN define la intermediación turística como “la actividad empresarial de quienes se dedican profesional y habitualmente al ejercicio de actividades de mediación en la venta y organización de servicios, con la posibilidad de que utilicen medios propios para llevarlas a cabo”. RAMALLO MIÑÁN, E., *op. cit.*, p. 65.

<sup>840</sup> Sobre las agencias de viaje como empresas de intermediación turística *vid.* HERNÁNDEZ ARMAD, L. y HERNÁNDEZ ARMD, E., “La naturaleza, actividad y clasificación de las agencias de viaje”, Cuadernos de Turismo, núm. 1/1998, Ediciones de la Universidad de Murcia, enero-junio, pp. 73-90, disponible en internet: <http://revistas.um.es/turismo>

<sup>841</sup> V. *gr.*, un billete en avión o la habitación de un hotel.

<sup>842</sup> V. *gr.*, una excursión a Santiago de Compostela por un día y bajo un precio global que incluya transporte, guía especializado y comida en un restaurante.

<sup>843</sup> V. *gr.*, un viaje a París por cinco noches bajo un precio global que incluya la entrada a diferentes museos y al parque Eurodisney.

como a la concertación de servicios complementarios y cualquier otro servicio que se establezca reglamentariamente.<sup>844</sup>

Otra novedad que presenta esta ley es la reducción del ámbito de exclusividad de las agencias de viajes en la comercialización de servicios turísticos, ya que solamente se mantiene para la organización y oferta de *viajes combinados* y no para los *servicios sueltos*, ni para los *paquetes turísticos*. Así, siempre y cuando se mantenga el concepto de *paquete turístico* previsto en la ordenación gallega<sup>845</sup>, es decir, aquellas excursiones de un día que no encajen en el concepto legal de viajes combinados, considero que su oferta quedaría liberalizada y, por consiguiente, podrían comercializarse por cualquier persona sin necesidad de la habilitación como agencia de viajes.<sup>846</sup>

---

<sup>844</sup>Vid. el artículo 83.1 de la Ley 7/2011, de 27 de octubre.

<sup>845</sup> Conjunto de servicios previamente programados al público por un precio global o proyectados mediante solicitud del cliente también por un precio global, siempre que no alcance la condición de viaje combinado prevista en la legislación estatal.

<sup>846</sup> Interpretación que realizo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 83.2 de la Ley 7/2011. Sin embargo, esta disposición carece de desarrollo reglamentario y, por consiguiente, de fuerza ejecutiva en tanto no se modifique o derogue el artículo 3 del Decreto 42/2001 que determina como actividades exclusivas de las agencias de viaje las ventas de servicios sueltos o aislados, la organización y venta de *viajes combinados* y *paquetes turísticos*, así como la actuación en representación de otras agencias nacionales o extranjeras. Este precepto, unido al concepto estricto de *paquete turístico* previsto en el artículo 20.2 del mismo decreto, impide su comercialización en el sentido estrictamente legal. No obstante, una vez que las disposiciones de la LTG en materia de agencias de viaje sean objeto del oportuno desarrollo reglamentario adquirirán fuerza ejecutiva y, con ella, se producirá la liberalización de los servicios sueltos y de las excursiones de un día contratadas bajo un precio global (al margen de su denominación como *paquetes turísticos* o no), por lo que cualquier persona podrá comercializar estos servicios sin cursar la inscripción como agencias de viaje en el Registro de empresas y actividades turísticas de Galicia.

Por otra parte, la ley mantiene la clasificación en tres categorías: agencias minoristas, agencias mayoristas y agencias minoristas-mayoristas que aprovecho para la elaboración de la tabla siguiente.<sup>847</sup>

**TABLA 13: AGENCIAS DE VIAJES**

TRAMOS	AGENCIAS DE VIAJES
A	Atenuantes
B	Atenuantes
C	<b>Minoristas</b>
D	<b>Mayoristas</b>
E	<b>Minoristas-mayoristas</b>
F	Agravantes
G	Agravantes
H	Agravantes

**Las centrales de reservas:** la vigente LTG recoge a estas empresas en el grupo segundo de las empresas de intermediación turística cuya dedicación principal es la de “reservar servicios turísticos de forma individualizada”,

<sup>847</sup> El artículo 83 de la Ley 7/2011 dispone los siguientes conceptos y clasificación: 1. Agencias mayoristas: “son las que organizan y/o comercializan servicios y viajes combinados para ofrecerlos a las agencias minoristas, no pudiendo ofrecer directamente sus productos al usuario turístico.” 2. Agencias minoristas: “son las que comercializan el producto ofrecido por agencias mayoristas con la venta directa al usuario, o bien organizan y/o comercializan servicios sueltos o viajes combinados, no pudiendo ofrecer sus productos a otras agencias.” 3. Agencias mayoristas-minoristas: “son las que prestan servicios propios de ambos tipos de agencias.”

siempre que no incurran en dos prohibiciones: a) la oferta de viajes combinados y b) la percepción de contraprestaciones económicas de los usuarios turísticos.<sup>848</sup>

Actualmente, las centrales de reserva carecen de desarrollo reglamentario y la LTG no prevé su clasificación por categorías, sin embargo, he elaborado una tabla que incluye a estas empresas de intermediación turística dentro del baremo una vez se produzca su desarrollo reglamentario.

**TABLA 14: CENTRALES DE RESERVAS**

<b>TRAMOS</b>	<b>CENTRALES DE RESERVAS</b>
A	Atenuantes
B	Atenuantes
C	<b>Centrales de reserva</b>
D	Agravantes
E	Agravantes
F	Agravantes
G	Agravantes
H	Agravantes

<sup>848</sup> Vid. el artículo 85 de la Ley 7/2011.



#### IV.2.1.4- EL TURISMO DEPORTIVO

La denominación *turismo activo*<sup>849</sup>, introducido por la Ley 9/1997, de 21 de agosto, con la finalidad de promover la segmentación de la oferta turística,<sup>850</sup> pasó a formar parte del concepto “actividades de aventura o naturaleza” bajo la Ley 14/2008, de 3 de diciembre, dentro del capítulo dedicado a las empresas o actividades turísticas de servicios complementarios<sup>851</sup> y se incluyó bajo el concepto “turismo deportivo vinculado con actividades de contacto con la naturaleza” en la Ley 7/2011<sup>852</sup>, referido a la diversificación de la oferta turística. Sin embargo, ¿qué ocurre con la ordenación turística relativa a las

---

<sup>849</sup> La Ley 7/2011 hace referencia al *turismo activo* únicamente en su artículo 94, dedicado al fomento del turismo y que promueve el apoyo al “turismo rural y de interior, como sectores turísticos alternativos de calidad, con el fomento de la rehabilitación y conservación de la riqueza del patrimonio cultural del ámbito rural y también de sus atractivos medioambientales, así como con la realización de actividades de *turismo activo* en este ámbito.” (Vid. artículo 94.2, letra a)). Las dos leyes anteriores (Ley 9/1997 y Ley 14/2008) incluían el *turismo activo* dentro de este apartado y lo vinculaban “con todo tipo de actividades deportivas y de contacto con la naturaleza.”

<sup>850</sup> Artículo 73.2 de la Ley 9/1997, de 21 de agosto.

<sup>851</sup> La Ley 7/2011 mantiene este concepto en su artículo 88.1, letra b), referido a las empresas y servicios.

<sup>852</sup> Vid. el artículo 94.2, letra i), de la Ley 7/2011. Al margen de esta inclusión, la vigente LTG relaciona el concepto *turismo deportivo* “con actividades de contacto con la naturaleza, como senderismo, golf, escalada, rafting, cicloturismo, esquí, hípica y otros”, por lo que abarca el concepto de *turismo activo* del Decreto 42/2001 (artículo 42), cuya disposición adicional segunda vincula con las siguientes actividades: parapente, ala delta, barranquismo, rafting, hidrotirismo, piragüismo, puenting, salto con elástico y escalada. La conclusión es que el concepto *turismo deportivo* es de carácter abierto y comprende las actividades incluidas por el Decreto 42/2001 dentro del concepto *turismo activo*, de carácter cerrado.

empresas de turismo activo que, a día de hoy no ha sido expresamente derogada y sigue vigente?<sup>853</sup>

Estas empresas, ¿tienen obligación de inscribirse en el Registro de empresas y actividades turísticas de Galicia?<sup>854</sup>

Vista la ordenación actual, entiendo que todas las actividades clasificadas como *turismo activo*<sup>855</sup> forman parte de un concepto mayor denominado *turismo deportivo*, razón por la que propongo una única ordenación reglamentaria bajo este epígrafe y, coherentemente con esta propuesta, una

---

<sup>853</sup> El Decreto 42/2001, de 1 de febrero, de refundición en materia de viajes, guías de turismo y turismo activo, regula esta actividad en su título III (artículos 42 a 51), denominado “Actuación de las empresas relacionadas con la organización de actividades de turismo activo”.

<sup>854</sup> Dada la vigencia del Decreto 42/2001, considero que las empresas de turismo activo deben cumplir las condiciones establecidas en dicha norma (artículo 43) y pueden acceder voluntariamente al Registro de empresas y actividades turísticas, con independencia de su denominación, ya que están incluidas en el concepto *turismo deportivo* que con carácter abierto ha previsto la Ley 7/2011. El artículo 50.1, letra h) de la Ley 7/2011 dispone que será objeto de inscripción en el Registro de Empresas y Actividades Turísticas de Galicia cualquier actividad o establecimiento que por su relación con el turismo se determine reglamentariamente; el artículo 51.1, párrafo segundo, establece la inscripción potestativa de estas empresas para la Administración turística (la LTG tan sólo contempla la inscripción de oficio para las empresas de alojamiento turístico, restauración e intermediación turística), por último, el artículo 88.2 dispone que las empresas de servicios turísticos complementarios, entre las que están incluidas las empresas de actividades de aventura o naturaleza y las empresas deportivas, podrán comunicar el ejercicio de estas actividades a los efectos de proceder a su inscripción en el registro correspondiente.

<sup>855</sup> El artículo 42 del Decreto 42/2001 caracteriza a las actividades calificadas como *turismo activo* a través de tres notas: primero, su práctica requiere la utilización de recursos que se encuentran en la naturaleza; segundo, su ejercicio requiere un determinado grado de destreza o esfuerzo físico; y tercero, estas actividades conllevan un cierto factor de riesgo para aquellas personas que las practiquen.

única tabla que podría aplicarse a todas las empresas incluidas dentro de su ámbito de aplicación.<sup>856</sup>

**TABLA 15: TURISMO DEPORTIVO (Propuesta de ordenación global)**

TRAMOS	TURISMO DEPORTIVO
A	Atenuantes
B	Atenuantes
C	<b>Empresas de turismo deportivo</b>
D	Agravantes
E	Agravantes
F	Agravantes
G	Agravantes
H	Agravantes

<sup>856</sup> La aprobación de un decreto específico sobre el *turismo deportivo*, tratado de forma global, es decir, incluyendo las actividades del *turismo activo*, junto a la derogación expresa del Decreto 42/2001, aportaría mayor seguridad jurídica a la regulación de las empresas que se dediquen de forma profesional, habitual y principal al desarrollo de estas actividades en contacto con la naturaleza que supongan un cierto riesgo o bien requieran un elevado grado de destreza y esfuerzo físico. Sirva como fundamento de esta consideración lo dispuesto en el artículo 88.4 de la Ley 7/2011, que habilita a la Administración autonómica para fijar los requisitos exigidos para el desarrollo de estas actividades turísticas “cuando no exista una regulación sectorial o así lo requiera la protección de las usuarias y de los usuarios de estos servicios.”

#### IV.2.1.5- LA PROFESIÓN DE GUÍA DE TURISMO

La LTG considera “profesiones turísticas” las dedicadas a la prestación de servicios “directamente relacionados con el sector de las empresas turísticas” de un modo “habitual y retribuido”.<sup>857</sup>

A título particular, la ley cita aquellas que impulsan el conocimiento, la conservación, la promoción, la información y el disfrute de los recursos turísticos y, cuando esta labor recae en bienes de integrantes del patrimonio cultural de Galicia, exige una previa habilitación como guía de turismo,<sup>858</sup> salvo en los dos supuestos siguientes en los que se podrá ejercer esta actividad, bien libremente, bien con una mera comunicación previa a la Administración turística autonómica:

1) Las personas habilitadas como guías de turismo en otras comunidades autónomas podrán ejercer libremente esta actividad profesional en Galicia.<sup>859</sup>

2) Las personas establecidas como guías de turismo en un Estado miembro de la Unión Europea que deseen ejercer su actividad, de forma temporal u

---

<sup>857</sup> Vid. el artículo 89 de la Ley 7/2011.

<sup>858</sup> Vid. el artículo 90.1 de la Ley 7/2011. La Ley 9/1997, de 21 de agosto, denominaba a esta profesión “guías de turismo especializados” y su desarrollo reglamentario se encuentra en el Decreto 73/2015, de 7 de mayo, por el que se regula la profesión de guía de turismo de Galicia (DOG núm. 92, de 19/05/2015).

<sup>859</sup> Vid. el artículo 90.2 de la Ley 7/2011.

ocasional, en Galicia, deberán comunicarlo a la Xunta de Galicia antes de llevar a cabo la primera actividad transfronteriza.<sup>860</sup>

**TABLA 16: GUÍAS DE TURISMO**

TRAMOS	GUÍAS DE TURISMO
A	Atenuantes
B	Atenuantes
C	<b>Guías de turismo</b>
D	Agravantes
E	Agravantes
F	Agravantes
G	Agravantes
H	Agravantes

---

<sup>860</sup>Vid. el artículo 90.3 de la Ley 7/2011.

## IV.2.2- Clasificación y descripción de las conductas infractoras

Expuestas las tablas de las empresas y actividades turísticas reconocidas por la LTG<sup>861</sup>, procedo a la relación de las conductas que conforman el baremo en forma de supuestos dotados de la abstracción y flexibilidad suficiente para recoger todas las acciones y omisiones tipificadas como infracciones administrativas<sup>862</sup> por el legislador gallego.<sup>863</sup>

---

<sup>861</sup> Ley 7/2011, de 27 de octubre, del turismo de Galicia

<sup>862</sup> Doctrina administrativista y jurisprudencia distinguen las siguientes modalidades de infracciones administrativas apoyándose en la clasificación de los delitos efectuada por la doctrina penal –*delitos instantáneos, permanentes y de estado*– con el objeto de facilitar el cómputo prescriptivo de cada tipo de infracción: *infracciones instantáneas*, su consumación o perfeccionamiento se produce en el mismo instante de la acción u omisión y su antijuridicidad no se mantiene en el tiempo; *infracciones permanentes*, tanto la comisión de la infracción como su antijuridicidad se prolongan en el tiempo por voluntad expresa de su autor, que podría poner fin a su conducta en cualquier momento y, en consecuencia, también a la antijuridicidad; *infracciones de estado*, aquellas en que la conducta infractora no permanece en el tiempo pero sí su antijuridicidad, es decir, la conducta es instantánea pero sus efectos ilícitos persisten; *infracciones continuadas*, se trata de una pluralidad de acciones u omisiones que infringen el mismo o similares preceptos en un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, tal y como las describe el artículo 4.6 del Real decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (BOE, núm. 189, de 9 de agosto de 1993), es decir, se mantiene la antijuridicidad en el tiempo, pero no porque persista una única conducta infractora sino porque el sujeto la repite constantemente con idéntico propósito; *infracciones complejas*, también denominadas de *pluralidad de actos* porque son varias las conductas que integran el tipo infractor y éste no se consuma hasta que no son realizados todos y cada uno de los actos que lo componen; dentro de las *infracciones complejas*, la doctrina distingue las *infracciones de hábito* por el carácter legal que, aisladamente, revisten cada una de las conductas que componen la *infracción compleja* y que sólo constituyen un ilícito administrativo cuando hay reiteración o habitualidad. Vid. GÓMEZ PADILLA, R., Concurso de normas y de infracciones en el Derecho administrativo sancionador, RJCLM, núm. 41, noviembre/2006, p. 137, disponible en internet, en la página: <http://docm.jccm.es/portaldocm/revistaJuridica.do>; PALMA DEL TESO, A., *Infracciones administrativas continuadas, las infracciones permanentes, las infracciones de estado y las infracciones de pluralidad de actos: distinción a efectos del cómputo del plazo de prescripción*, REDA, núm. 112, Civitas, 2001, pp. 553-574; DE DIEGO DíEZ, L. A., Prescripción y caducidad en el Derecho administrativo sancionador, Bosch, Barcelona, 2006, pp. 53-72; PÉREZ MARTÍNEZ, D., “La infracción continuada”, Manual de Derecho administrativo sancionador, *cit.*, pp. 266-268; REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. y BUENO ARMIJO, A.M., *op. cit.*, pp. 870-875.

En primer lugar, reproduzco la clasificación de las conductas efectuada por el legislador autonómico en los tres bloques de infracciones leves (L), graves (G) y muy graves (MG), con pleno respeto al principio de legalidad.

A continuación, dentro de cada bloque (L-G-MG), clasifico las conductas en tres niveles distintos (N1-N2-N3), graduados en atención a su mayor o menor daño hacia el bien jurídico protegido por el legislador en cada infracción.<sup>864</sup> Es

---

De acuerdo con la doctrina y jurisprudencia administrativa el cómputo del plazo prescriptivo varía en función de la modalidad infractora de que se trate. Así, en las *infracciones instantáneas* el inicio del cómputo se corresponde con el momento en que cesa la conducta infractora; en las *infracciones permanentes* el plazo se inicia en el momento en que cesa la acción u omisión infractora que, junto a la antijuridicidad, permanece en el tiempo; en las *infracciones de estado* el plazo comienza desde la finalización de la acción u omisión, aunque la antijuridicidad persista en el tiempo; en las *infracciones continuadas* el plazo prescriptivo se inicia con la finalización de la última de las conductas que componen la pluralidad de acciones u omisiones, aunque cada una de ellas constituya por sí misma un ilícito administrativo; por último, en las *infracciones complejas y de hábito* el plazo no se inicia hasta la ejecución de la última conducta, ya que la infracción se consuma en ese último instante.

Aplico esta clasificación a los tipos de infracciones previstos en la LTG y, a título de ejemplo, aprecio el concurso de *infracciones instantáneas* (v. gr. el trato incorrecto a un cliente, o, una deficiente prestación de servicios); *infracciones permanentes*, (v. gr. la apertura de un establecimiento turístico y el desarrollo de la correspondiente actividad sin la preceptiva declaración responsable o autorización turística previa, o la ausencia de exposición de precios al público en establecimientos de alojamiento turístico o restauración); *infracciones de estado* (v. gr. la falsificación de los datos incluidos en la declaración responsable o de la documentación necesaria para promover el inicio de la actividad turística, o la no formalización de un contrato de viaje combinado por una agencia de viajes); e *infracciones complejas* (v. gr. las deficiencias en la atención y en el trato a los usuarios turísticos que supongan una vulneración de su derecho a la tranquilidad o percibir precios diferentes a los exhibidos o comunicados a los usuarios). Por último, un ejemplo de *infracción continuada* en el ámbito turístico sería la percepción reiterada de precios por servicios que no sean susceptibles de cobro de acuerdo con la ordenación turística autonómica, como podría ser, el cobro sistemático del agua caliente en un camping, el cobro de las sábanas y toallas en un albergue turístico o de las cunas para niños menores de tres años en un establecimiento hotelero).

<sup>863</sup> Esta casuística ha sido sometida a la praxis inspectora por parte de algunos compañeros adscritos a las oficinas provinciales de la agencia Turismo de Galicia, cuya colaboración ha sido decisiva para la construcción del baremo.

<sup>864</sup> Otorgo al bien jurídico protegido la categoría de fundamento para calificar este baremo como un sistema proporcional de determinación de la sanción administrativa, ya que la predeterminación de la cuantía o gravedad de la sanción tipo o base que corresponde a cada



en este apartado donde elaboro una casuística de supuestos dotados de un cierto grado de apertura o abstracción para comprender cualquier conducta de similares características y lesividad que se deduzca directamente del tipo infractor previsto en la ley.<sup>865</sup>

Pero, ¿qué sucedería si una determinada conducta, antijurídica y tipificada en la LTG, no formase parte de la casuística del baremo sancionador? El órgano administrativo competente, ¿podría graduar la sanción correspondiente de acuerdo con los parámetros del baremo? Entiendo que el objetivo de rigor y seguridad jurídica perseguido por este método de determinación sancionadora lo impide. En consecuencia, propongo que, ante un supuesto de estas características, el órgano administrativo gradúe la sanción tal y como se ha venido haciendo hasta ahora, es decir, de conformidad con los criterios de dosimetría sancionadora previstos por el legislador autonómico en la LTG, con pleno respeto a los principios ordenadores del ejercicio de la potestad sancionadora y mediante una exhaustiva y precisa motivación de los criterios utilizados para la graduación de la sanción definitiva.

No obstante, el carácter abierto del baremo permitiría recoger este supuesto e introducirlo, de acuerdo con los principios de proporcionalidad y lesividad, en uno de los tres niveles previstos para el grupo de la infracción turística a la que

---

conducta guarda una relación directamente proporcional con la relevancia del bien jurídico protegido por el legislador.

<sup>865</sup> En consideración y respeto al principio de legalidad y a la proscripción de la analogía *in malan partem*, todos los supuestos relacionados en este baremo van acompañados del tipo infractor legal del que se deducen y al que pertenecen.

corresponda (leve, grave o muy grave). Con este fin se hace necesario dotar al baremo del más alto grado de flexibilidad, no sólo desde el punto de vista material sino también formal, porque su aprobación como norma jurídica administrativa, por otra parte necesaria, debería ser compatible con el otorgamiento de cierto grado de dinamismo y elasticidad. Esta es la razón por la que propongo revestir este instrumento como una orden administrativa, porque le otorga un carácter formal, dada su naturaleza de disposición administrativa, sin renunciar a la flexibilidad, dada la sencillez de los trámites previstos en el Derecho administrativo para su modificación.<sup>866</sup>

Así las cosas, mientras que en el primer paso de la clasificación rige el principio de legalidad, en la relación de supuestos resulta necesario cierto grado de flexibilidad, de manera que pueda efectuarse su modificación con solo ajustar la conducta al correspondiente tipo infractor de la ley. Pero será su naturaleza de norma jurídica abierta la que le aporte la elasticidad suficiente para proceder, bien a su ampliación, a través de la incorporación de nuevas conductas, bien a su modificación, mediante el traslado de una conducta a un nivel diferente de su clasificación inicial. No obstante, esta flexibilidad demanda siempre un importante esfuerzo en la elaboración de la casuística, a partir de los tipos infractores previstos por la LTG.<sup>867</sup>

---

<sup>866</sup> Orden de la consellería competente que desenvolvería las tablas de establecimientos, los supuestos infractores, los cuadros de sanciones y los diferentes tramos previstos en el baremo para las circunstancias modificativas de la responsabilidad administrativa.

<sup>867</sup> Este esfuerzo podría canalizarse a imagen y semejanza de lo previsto en el Código penal para aquellas conductas que, siendo merecedoras de un reproche penal, no estén tipificadas como delito en una ley orgánica. En este supuesto, ya que ni siquiera hay un tipo penal que recoja la conducta, el órgano judicial no puede juzgar los hechos. Sin embargo, el juez o tribunal sí puede

Como no podía ser de otro modo, todas las modificaciones deberán respetar el principio de legalidad, lo que exige una correlación entre los posibles cambios y los preceptos de la ley que tipifiquen las infracciones en materia turística, así como el principio de proporcionalidad, porque la intensidad de la sanción debe responder siempre a la gravedad de la conducta infractora para con el bien jurídico protegido.<sup>868</sup>

Por último, recordemos que la LTG atribuye la responsabilidad administrativa de las conductas infractoras cometidas durante el ejercicio de la empresa o actividad turística a las personas titulares o a sus representantes legales<sup>869</sup>. En este sentido, la LTG<sup>870</sup> dispone lo siguiente: “1. Serán responsables administrativamente de las infracciones en materia de turismo las personas

---

solicitar del poder ejecutivo la modificación legal para su introducción como delito en el Código penal. Así, el artículo 4.2 del Código penal dispone lo siguiente: En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal. En nuestro caso, los órganos con competencia sancionadora de la agencia Turismo de Galicia pueden elevar estos supuestos a la autoridad competente para que se introduzcan en la relación de supuestos del baremo con el fin de poder aplicar este método si se aprecia de nuevo esta conducta en expedientes posteriores.

<sup>868</sup> Esto significa, por una parte, que todos los supuestos que integran la casuística de conductas deberán respetar, siempre, la clasificación de la ley en infracciones leves, graves y muy graves, por otra, la necesidad de apreciar circunstancias concurrentes que justifiquen la determinación de la sanción en su grado medio o superior.

<sup>869</sup> Sobre la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas *vid.* AYALA MUÑOZ, N. y PERAL DÍEZ, C., “Responsabilidad de las personas jurídicas”, *Manual de Derecho administrativo sancionador*, *cit.*, pp. 201 y ss.; NIETO GARCÍA, A., *Derecho administrativo...*, *cit.*, pp. 442 y ss.; y GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, pp. 235 y ss. Para el profesor NIETO el reconocimiento de responsabilidad administrativa a las personas jurídicas tiene su fundamento en “la teoría clásica de la *imputación orgánica*, que sirve para dar una explicación global al fenómeno y que, además, se encuentra ya perfectamente elaborada en el Derecho público a propósito de la responsabilidad (civil) de las personas jurídico-públicas.” *ibidem*, p. 442. *Vid. infra* el apartado V.5.1 del capítulo V, de este trabajo, sobre el principio de culpabilidad.

<sup>870</sup> Artículo 117 de la Ley 7/2011.

físicas y jurídicas que realicen actividades comprendidas en el ámbito de aplicación de la presente ley a las que sean imputables las acciones u omisiones tipificadas en la misma como infracciones. 2. Las personas titulares de empresas y actividades turísticas serán responsables administrativamente de las infracciones cometidas por el personal afecto a su servicio, sin perjuicio de las acciones de resarcimiento que resultasen procedentes.<sup>871</sup> 3. Cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en la norma infringida correspondiera a varias personas conjuntamente, responderán las mismas de forma solidaria<sup>872</sup> de las infracciones cometidas y de las sanciones que se impusieran.”

---

<sup>871</sup> Para comprender mejor esta atribución de responsabilidad formulo la siguiente pregunta: ¿en quién recae la titularidad de la obligación impuesta por la LTG? La persona titular del establecimiento o actividad turística es la única titular de la obligación y, por consiguiente, el único responsable de su cumplimiento, por lo que su imputación no producirá una vulneración del principio de culpabilidad en su vertiente subjetiva (principio de personalidad). No olvidemos que el principio de responsabilidad exige que concurra en el sujeto infractor cierto grado de negligencia, como mínimo, culpa leve, “aún a título de simple inobservancia”; así, la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo ha señalado el principio de culpabilidad (SSTS de 16 de marzo de 1988, 29 de junio de 1990; 28 de mayo de 1991, 12 de mayo de 1992 y 31 de marzo de 2003, entre otras), como “uno de los principales componentes de la infracción administrativa” por el cual las acciones y omisiones que constituyan infracciones administrativas sólo podrán imputarse a sus autores “por malicia, imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable” (STS de 29 de junio de 1990, FJ 2ª). Por lo expuesto, no es admisible aplicar los conceptos de *culpa in vigilando* o *in eligiendo* más que en aquellas situaciones “cuyo fundamento sea un negocio jurídico singular que haga crear un vínculo de sujeción especial, y que podría legitimar una potestad disciplinaria o correctiva como efecto de la vulneración de obligaciones insertas en una estructura convencional” (STS de 28 de mayo de 1991, FJ 2º). En este mismo sentido opera también el principio de unidad de explotación, que el legislador recuperó para la Ley 7/2011: “Todas las empresas de alojamiento turístico habrán de ejercer su actividad bajo el principio de unidad de explotación. “A los efectos de la presente ley, se entiende por principio de unidad de explotación la exigencia de sometimiento a una única responsabilidad empresarial, que recaerá en el titular de la empresa turística de alojamiento, respecto a la prestación de todos los servicios que ofrezca en el establecimiento, sin menoscabo de la posibilidad de contratación de la prestación de servicios a otros prestadores o proveedores.” *Vid. infra* la nota a pie de pág. 993.

<sup>872</sup> El artículo 130.3 de la LRJPAC admite la solidaridad en la responsabilidad administrativa con carácter básico para todas las administraciones públicas: “Cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las

sanciones que se impongan. Serán responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas y jurídicas sobre las que tal deber recaiga, cuando así lo determinen las Leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores.” Para GÓMEZ TOMILLO la redacción del precepto resulta “altamente equívoca en la medida en que parece diferenciar la responsabilidad por la infracción de la responsabilidad por la sanción, cuando, parece que tan sólo cabe responsabilidad solidaria por la sanción en su caso impuesta.” GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, p. 495. Al margen de las bondades que pueda ofrecer el reconocimiento de la solidaridad en el ámbito de las infracciones de tráfico y seguridad vial o en el de las infracciones tributarias, considero que su admisión supone una equiparación de la responsabilidad administrativa a la responsabilidad civil y, por consiguiente, deja sin efecto los principios de culpabilidad y personalidad de las penas en el Derecho administrativo sancionador. Si el Tribunal Constitucional declaró (SSTC 18/1981, de 8 de junio; 2/1987, de 21 de enero; 207/1990, de 17 de diciembre; 138/1992, de 13 de octubre; 88/2003, de 19 de mayo; 74/2004, de 22 de abril; 59/2004, de 19 de abril; y 126/2005, de 23 de mayo, entre muchas otras), que los principios inspiradores del orden penal –sustantivos y formales– son de aplicación al Derecho administrativo sancionador, y si el Tribunal Supremo declaró expresamente, que, “...como reconocen las SSTS de 30 de enero de 1988, 5 de febrero de 1988, 13 de octubre de 1989, 12 de enero de 1996 y 3 de abril de 1996, la culpabilidad es un requisito de toda infracción administrativa, asentándose el sistema punitivo en el principio de responsabilidad personal, siendo la potestad sancionadora administrativa de la misma naturaleza que la potestad penal, por lo que las directrices estructurales del ilícito administrativo tienden como en el ilícito penal a conseguir la individualización de la responsabilidad y, como reconoce la invocada jurisprudencia, las directrices estructurales del ilícito tienden también en el ámbito administrativo a conseguir la individualización de la responsabilidad y vedan la posibilidad de crear una responsabilidad objetiva” (STS de 13 de octubre de 2004, Sala 3ª, fundamento jurídico sexto), ¿cómo puede conciliarse la vigencia de los principios de culpabilidad y personalidad con el reconocimiento de una responsabilidad administrativa solidaria? El Tribunal Constitucional avaló esta solidaridad mediante el Auto 193/2007, de 26 de marzo, dictado por su Sección 4ª para inadmitir el recurso de amparo contra una sentencia del Juzgado contencioso-administrativo núm. 1 de Las Palmas de Gran Canaria que la recurrente interpuso por supuesta vulneración del principio de culpabilidad, ya que confirmó una resolución del Cabildo Insular de Lanzarote en la que “...le fue impuesta una sanción como responsable por unos hechos en los que no había intervenido” (ATC 193/2007, fundamento jurídico primero). Los argumentos esgrimidos en el auto para otorgar fundamentación jurídica a una responsabilidad administrativa *solidaria* descansan en la STC 76/1990, de 26 de abril (fundamento jurídico cuarto, letra B), la cual declaró que “...no es trasladable al ámbito de las infracciones administrativas la interdicción constitucional de la responsabilidad solidaria en el ámbito del Derecho penal, puesto que no es lo mismo responder solidariamente cuando lo que está en juego es la libertad personal –en la medida en que la pena consista en la privación de dicha libertad– que hacerlo a través del pago de una cierta suma de dinero en la que se concreta la sanción tributaria, siempre prorrateable a posteriori entre los distintos responsables individuales. De ahí la necesidad de tener en cuenta en esta ocasión, como en otras semejantes, que la recepción de los principios constitucionales del orden penal por el Derecho administrativo sancionador no puede hacerse mecánicamente y sin matices, esto es, sin ponderar los aspectos que diferencian a uno y otro sector del ordenamiento jurídico” (*cit.* ATC 193/2007, fundamento jurídico cuarto). El mismo argumento es utilizado en el Auto del Tribunal Constitucional núm. 237/2012, de 11 de diciembre, cuyo fundamento jurídico tercero, después de confirmar la aplicación del principio de culpabilidad en el ámbito de las infracciones administrativas y la inexistencia de la responsabilidad sin culpa u objetiva, lo que “conlleva la necesidad de determinar la autoría de la acción o de la omisión sancionable”, declara que “la vigencia del



---

principio de culpabilidad en las sanciones administrativas no es tan intensa como en la sanción penal”.

Una amplia jurisprudencia constitucional relaciona el principio de personalidad de las penas con el principio de legalidad penal (artículo 25.1 de la CE) y lo describe como aquel principio por el cual “sólo se puede responder penalmente de los actos propios y no por los ajenos” (SSTC 131/1987, de 20 de julio, FJ 6º; 219/1988, de 22 de noviembre, FJ 3º; 254/1988, de 21 de diciembre, FJ 5º; 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2º; 146/1994, de 12 de mayo, FJ 4ºb); 93/1996, de 28 de mayo, FJ 1º; 137/1997, de 21 de julio, FJ 5º; 125/2001, de 4 de junio, FJ 6º; y 60/2010, de 7 de octubre, FJ 4º). Asimismo, otras sentencias declaran la improcedencia de su aplicación cuando los actos restrictivos de derechos no constituyan una manifestación del *ius puniendi* del Estado o no tengan naturaleza sancionadora (SSTC 164/1995, de 8 de noviembre, FJ 4º; 125/2001, de 4 de junio, FJ 6º; y 60/2010, de 7 de octubre, FJ 4º), tal y como ocurre, por ejemplo, con la responsabilidad civil derivada del delito o de la infracción administrativa. De acuerdo con esta línea jurisprudencial y sin perjuicio de adoptar matices lógicos en la aplicación del principio de culpabilidad penal al campo de la potestad sancionadora (STC 76/1990), no puedo aceptar el reconocimiento de una responsabilidad administrativa *solidaria* a modo de responsabilidad civil ¿Acaso la admisión de una responsabilidad solidaria, prohibida en el Derecho penal, puede calificarse como un simple matiz? No, bajo mi modesta opinión, porque una cosa es invertir la regla general del dolo hacia la negligencia, como ocurre en el ámbito de la responsabilidad administrativa, lo cual sí puede interpretarse como un matiz en la aplicación del principio de culpabilidad, y otra, muy distinta, es dejar sin efecto el elemento subjetivo de la culpabilidad dentro del ejercicio del *ius puniendi* estatal, lo cual produce la transformación de una *responsabilidad punitiva o sancionadora* en una responsabilidad civil de carácter objetivo (STS, de 27 de diciembre de 1983, CDO. 4º). En definitiva, “No se puede relativizar un principio sin riesgo de suprimirlo” (STC 61/1990, de 29 de marzo, FJ 8º). *Vid.* BELTRÁN DE FELIPE, M., “Realidad y constitucionalidad en el Derecho administrativo sancionador (II)”, *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, núm. 40, 2006, pp. 53-56. Para RANDO CASERMEIRO la responsabilidad solidaria constituye un “parámetro de responsabilidad completamente ajeno a un sistema punitivo, y es más propio del sistema que pretende reparar o resarcir. (...) Es por ello que la adopción de criterios de responsabilidad solidaria o subsidiaria me parece completamente ilegítima, al abandonar el fundamento básico del principio de culpabilidad.” RANDO CASERMEIRO, P., La distinción..., *cit.*, p. 348.

No obstante, tal y como describen AYALA MUÑOZ, N. y PERAL DÍEZ, C., (“Las consecuencias no sancionadoras de la infracción. La responsabilidad civil”, *Manual de Derecho administrativo sancionador*, *cit.* p. 218), autores tan brillantes y significativos para el Derecho administrativo sancionador, como PALMA DEL TESO, NIETO GARCÍA y GÓMEZ TOMILLO admiten el carácter solidario de la responsabilidad administrativa bajo determinadas circunstancias. La primera, sobre la base del artículo 130.3 de la LRJPAC, cuando concurren dos presupuestos: (1) que se trate de “*obligaciones subjetivamente complejas*” (la ley impone una obligación a varias personas); y (2), que se trate de “*obligaciones objetivamente simples*” (el contenido es una unidad, es decir, se trata de una única obligación). Así, PALMA DEL TESO limita el carácter solidario de la responsabilidad administrativa a los supuestos en que “...no pueda delimitarse una cuota de participación individualizada de cada uno de los coobligados en el cumplimiento del deber de prestación que la obligación impone (...), por tanto, todos los obligados lo estén indistintamente frente a la Administración.” *Op. cit.*, p. 216. Por su parte, el profesor NIETO propone la separación entre dos conceptos, autoría y responsabilidad, con la peculiaridad de que, al no considerar constitucionalizado dicho principio, puedan apreciarse supuestos de responsabilidad objetiva al margen de la culpabilidad, que podrán operar o no en función de que la ley exija su concurrencia en forma de dolo, culpa,

#### IV.2.2.1- Supuestos para los tipos infractores leves de la LTG<sup>873</sup>

**NIVEL 1º (L-1).** A las conductas infractoras comprendidas en este grupo de supuestos les corresponde alguna de las sanciones previstas en columna L-1 de la tabla de sanciones por infracciones leves<sup>874</sup>, que se extienden desde el simple apercibimiento hasta la multa de 500 euros.<sup>875</sup>

Las conductas o supuestos de hecho que conforman este nivel tutelan el cumplimiento de obligaciones legales, de carácter formal y no material, además, su comisión no vulnera de forma directa los derechos de los usuarios

---

negligencia o imprudencia: “La regla jurídica más ilustrativa en este ámbito es la de la clara separación entre autor y responsable. Los responsables por imperativo legal que no son jurídicamente autores de la infracción no se encuentran protegidos por el principio de la exigencia de la culpabilidad.” NIETO GARCÍA, A., Derecho administrativo..., *cit.*, p. 467. Por último, GÓMEZ TOMILLO admite la solidaridad en tres supuestos: primero, en aquellas infracciones donde apreciemos diversos autores (coautoría); segundo, cuando, además del autor, concurren partícipes en la infracción; y tercero, “en las hipótesis de omisión de impedir la sanción”. A pesar de que este autor defiende la imputación de responsabilidad “a quién se abstiene de impedir la infracción”, sin embargo, rechaza la imputación de quien “no ha intervenido en los hechos ni a título de autor, ni a título de participante en la infracción, cómplice o inductor, (...), porque ello sería incompatible con el principio de personalidad de las sanciones.” En todo caso, GÓMEZ TOMILLO reclama una interpretación lo más restrictiva posible de la responsabilidad solidaria, “como fenómeno excepcional y anómalo del Derecho punitivo”, y cuestiona esta técnica porque “deja en manos no sólo de la Administración, sino de los administrados la determinación de quién responde o deja de responder por la comisión de un ilícito administrativo.” GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, pp. 497, 498 y 504. Sobre sus dudas por una posible inconstitucionalidad de la responsabilidad solidaria en el ámbito administrativo sancionador, *vid. op. cit.*, pp. 504-508, entre otras razones (vulneración de los principios de proporcionalidad e igualdad), por su más que posible incompatibilidad con el principio de personalidad de las sanciones, especialmente cuando el infractor es una persona física porque “se trata de una exigencia elemental que emana de la dignidad de las personas, la cual veda su instrumentalización.” *Op. cit.*, p. 505.

<sup>873</sup> Las infracciones leves están tipificadas en el artículo 109 de la Ley 7/2011.

<sup>874</sup> *Vid. infra* tabla de sanciones núm. 17, columna L-1.

<sup>875</sup> Sanciones previstas en el artículo 114, letra a), de la Ley 7/2011.



sino que afecta a las relaciones entre la Administración y los titulares de las empresas y actividades turísticas.<sup>876</sup>

a) Supuestos en los que la persona que suscribe la comunicación previa o declaración responsable incurre en inexactitud u omisión de datos no

---

<sup>876</sup> Se trata de infracciones que no requieren la producción de un resultado lesivo y cuya conducta consiste en el incumplimiento de una obligación formal impuesta por la Administración autonómica en materia de ordenación turística. Su predeterminación legal en el artículo 109.2 de la Ley 7/2011, fue llevada a cabo mediante la *tipificación por remisión* (“incumplir las obligaciones formales expresamente impuestas por esta ley...”), técnica cuya validez ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional si se efectúa hacia una norma con rango legal. Entre otras, la STC 42/1987, de 7 de abril, que dispone lo siguiente en su fundamento jurídico segundo: “A este respecto es preciso reiterar que, si bien el alcance de la reserva de Ley establecida en el art. 25.1 no puede ser tan estricto en relación con la regulación de las infracciones y sanciones administrativas como por referencia a los tipos y sanciones penales en sentido estricto, bien por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas, bien por el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias (STC 2/1987, de 21 de enero), bien, por último, por exigencias de prudencia o de oportunidad que pueden variar en los distintos ámbitos de ordenación territoriales (STC 87/1985, de 16 de julio) o materiales, en todo caso aquel precepto constitucional determina «la necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal» (STC 77/1983, de 3 de octubre), habida cuenta del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la Administración presentan. Más aún, y hecha la salvedad de las infracciones que se cometan en el seno de las relaciones de sujeción especial, en las que la propia reserva de Ley pierde parte de su fundamentación material, en cuanto expresivas de una capacidad administrativa de autoordenación que las distingue del *ius puniendi* genérico del Estado (STC 2/1987, citada), puede afirmarse que la reserva de la Ley contenida en el art. 25.1 de la Constitución despliega una eficacia semejante a las que establecen otras normas constitucionales. Es decir que, como ha señalado este Tribunal con relación a alguna de ellas, la reserva de Ley no excluye «la posibilidad de que las Leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley» (STC 83/1984, de 24 de julio), pues esto último supondría degradar la garantía esencial que el principio de reserva de Ley entraña, como forma de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos depende exclusivamente de la voluntad de sus representantes. En consecuencia, debe reputarse contraria a las mencionadas exigencias constitucionales no sólo la regulación reglamentaria de infracciones y sanciones carente de toda base legal, sino también, en el ámbito de las relaciones de sujeción general, la simple habilitación a la Administración, por norma de rango legal vacía de todo contenido material propio, para la tipificación de los ilícitos administrativos y las correspondientes consecuencias sancionadoras.”

esenciales<sup>877</sup> incluidos en estos documentos o en la documentación complementaria.<sup>878</sup>

---

<sup>877</sup> Este supuesto comprende aquellas *inexactitudes u omisiones de datos no esenciales* incluidos en las comunicaciones previas y las declaraciones responsables pero no aquellas falsedades en las que pudieran incurrir los interesados en esta misma documentación. Incluyo las falsedades en el nivel L3 de este bloque de infracciones por su mayor gravedad, proporcional a su mayor lesividad con el principio de buena fe, base de las relaciones entre las administraciones públicas y los ciudadanos y que considero el bien jurídico de este tipo infractor.

<sup>878</sup> La Administración turística de Galicia ha sido pionera en la sustitución de los procedimientos de autorización y clasificación previa a la apertura y desarrollo de los establecimientos y actividades turísticas por un sistema de control y supervisión *a posteriori* basado en la presentación de una declaración responsable no sometida a autorización previa, con la excepción de los campamentos de turismo. Este importante “cambio de paradigma”, en palabras del profesor RAZQUIN LIZARRAGA, es debido a la trasposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, primero por la Ley estatal 17/2009, de 23 de noviembre, que estableció los principios generales del nuevo sistema con carácter básico para todas las administraciones públicas y, en segundo lugar, por la Ley autonómica 1/2010, de 11 de febrero, de modificación de diversas leyes de Galicia para su adaptación a dicha directiva (DOG núm. 36, de 23 de febrero de 2010 y BOE núm. 86, de 9 de abril de 2010), y que introdujo este régimen de clasificación turística en la Ley 14/2008, de 3 de diciembre. El desarrollo reglamentario de esta modificación legislativa se llevó a cabo mediante la aprobación de la Orden de 10 de mayo de 2010 por la que se aprueban y se da publicidad a los modelos oficiales de declaración responsable y comunicación previa relativos a actividades de servicios turísticos (DOG núm. 107, de 8 de junio, de 2010). La declaración responsable es un acto jurídico privado con eficacia propia que presenta las siguientes características: (1) se trata de un acto particular, en consecuencia, carece de la naturaleza de acto administrativo y no se somete al régimen jurídico previsto por la LRJPAC en sus títulos V y VII (validez, eficacia, revocación, revisión de oficio, recursos, etc.); (2) tampoco se trata de una solicitud, por lo que no inicia procedimiento administrativo alguno y no resulta aplicable el régimen previsto para estos escritos en el título VI de dicha ley (posibilidad de enmienda del artículo 71, silencio administrativo del artículo 43, etc.); (3) es un acto jurídico con efectos *ope legis*, es decir, tiene efectos jurídicos por sí mismo, por ministerio de la ley, sin necesidad de que la Administración dicte resolución alguna y, por contra, sí será necesaria una resolución de ineficacia del órgano competente para extinguir sus efectos, con el oportuno trámite de audiencia otorgado al declarante; (4) la eficacia jurídica deviene con su presentación, lo cual permite a la Administración iniciar de oficio un procedimiento de comprobación y supervisión de los requisitos o condiciones exigidas por la legislación sectorial para la prestación del servicio o ejercicio profesional de la actividad. Así lo prevé el artículo 44.1 de la Ley 7/2011 para las declaraciones responsables en materia de ordenación turística en nuestra comunidad autónoma: “Presentada la declaración responsable debidamente formalizada, los órganos competentes en materia de turismo comprobarán el cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente ley y normas reglamentarias que resulten de aplicación, en el plazo de tres meses a contar desde la entrada de la documentación completa, resolviendo sobre la conformidad o no con lo declarado.”

En torno a este nuevo sistema de “control *ex-post*” *vid.* el trabajo de RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., “El impacto de la directiva de servicios en el procedimiento administrativo: autorización,

**Tipo infractor:** “La inexactitud, la falsedad o la omisión en las manifestaciones y en los documentos que, en relación con datos de carácter no esencial, comuniquen o incorporen las promotoras o los promotores de empresas y actividades turísticas en sus declaraciones responsables.”<sup>879</sup>

Esta conducta podría concurrir con otros supuestos infractores incluidos en el baremo y tipificados en la LTG como, por ejemplo, con falsedades sobre datos no esenciales de la declaración (infracción leve incluida en el nivel L3), o con la inexactitud u omisión de datos esenciales (infracción grave incluida en el nivel G-1), o con falsedades sobre datos esenciales de la declaración (infracción grave incluida en el nivel G-3). En todos estos casos estaríamos ante un concurso de infracciones administrativas en materia turística.<sup>880</sup>

---

declaración responsable y comunicación”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 49, enero-junio 2010, pp. 85-136. La incidencia de este régimen en el Derecho administrativo español, “que lleva a su remodelación con cambios en aspectos básicos como son la posición de la Administración (...), el procedimiento administrativo (...) y en el sistema de relaciones entre las Administraciones públicas y de éstas con los ciudadanos” (*op. cit.*, p. 129), ha trascendido al ámbito de las licencias municipales de actividad, tanto al nivel de la legislación básica estatal, mediante la reforma de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (BOE núm. 80, de 3 de Abril de 1985), como a nivel de la legislación autonómica, mediante la aprobación de la Ley 9/2013, de 19 de diciembre, del emprendimiento y de la competitividad económica de Galicia (DOG núm. 247, de 27 de diciembre de 2013 y BOE núm. 25, de 29 de enero de 2014). En relación con esta última norma *vid.* el estudio de PENSADO SEIJAS, A., “Estudio sobre la Ley 9/2013, de 19 de diciembre, del emprendimiento y de la competitividad económica de Galicia. (Unificación normativa de la tramitación integral de las actividades y obras en Galicia)”, REGAP, núm. 46, julio-diciembre de 2013, pp. 425-496.

<sup>879</sup> Artículo 109.1 de la Ley 7/2011. Este tipo infractor comprendería cualquier supuesto de omisión o inexactitud que se incluyan en las comunicaciones previas dado que las de carácter esencial carecen de tipo infractor en el artículo 110 (*vid. supra* nota a pie de pág. núm. 877).

<sup>880</sup> El Derecho administrativo sancionador apenas regula las modalidades del concurso de infracciones de forma específica, motivo por el que, como señala GÓMEZ PADILLA, “en la medida que sanciones administrativas y penas son manifestaciones de un mismo sistema represivo (...), la doctrina y la jurisprudencia administrativistas vuelven la mirada a la teoría general del concurso elaborada por la dogmática penal y a las reglas de punición previstas en el Código Penal”. GÓMEZ PADILLA, R., *op. cit.* p.137. Digo *apenas*, porque el artículo 4.4 del

---

Real decreto 1398/1993, de 4 de agosto, dispone la obligación de imponer “únicamente la sanción correspondiente a la sanción más grave cometida”, en aquellos supuestos en los que, la comisión de una o varias infracciones sea necesaria para poder realizar la infracción realmente perseguida por el sujeto (*concurso medial*). Con respecto a la jurisprudencia, la STS de 9 de junio de 1999 confirma la aplicación de las reglas establecidas en el Derecho penal como norma subsidiaria en defecto de normas específicas del ordenamiento administrativo sancionador. Bajo esta fórmula, en un *concurso ideal* de infracciones aplicaremos lo dispuesto en el artículo 77 del CP, tal y como refrendan las SSTs de 10 y 31 de marzo de 2003, es decir, “...se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones”, y en un *concurso medial* podemos aplicar el artículo 4.4 citado que incorpora el principio de absorción de la penalidad al ámbito administrativo sancionador (*vid.* PÉREZ MARTÍNEZ, D., Manual de Derecho administrativo sancionador, *cit.*, pp. 263-268). Por su parte, la doctrina penal distingue entre el *concurso aparente de leyes penales*, en el que un único supuesto de hecho puede ser subsumido en dos o más normas penales pero, realmente, sólo hay una única infracción (*concurso aparente*) y que se resuelve de acuerdo con los principios de especialidad, consunción, subsidiariedad o alternatividad (artículo 8 CP) y el *concurso de delitos o infracciones*, que se produce cuando un mismo sujeto vulnera dos o más preceptos penales y, por consiguiente, deberá responder por dos o más delitos. A diferencia con el conflicto anterior, en este último se produce un “*genuino concurso de leyes penales*” que, desde la unidad o pluralidad de objetos de valoración e infracciones cometidas, puede ser *real o material; ideal o formal; y medial*. Mientras en el *concurso real* el sujeto imputado comete diferentes delitos independientes entre sí, (pluralidad de acciones y pluralidad de infracciones), en el *concurso ideal* una única acción es constitutiva de diferentes delitos (unidad de acción y pluralidad de infracciones) y en el *concurso medial* la acción anterior es medio necesario para cometer la siguiente (pluralidad de acciones y unidad de infracción). El régimen jurídico de estas figuras se establece en los artículos 73 a 77 del Código penal. *Cfr.* COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M., *op. cit.*, pp. 90-94 (*concurso aparente*) y 243-250 (*concurso de delitos*). La doctrina administrativista recoge esta regulación y la extiende a los concursos de infracciones que pudieran producirse en el seno de un procedimiento administrativo sancionador donde, en la mayoría de los casos, nos enfrentaremos a un *concurso real*, es decir, a cada conducta ilícita le corresponderá una infracción administrativa, razón por la cual “al sujeto infractor se le impondrán todas las sanciones que correspondan a las infracciones cometidas” *Cfr.* GÓMEZ PADILLA, R., *op. cit.*, p. 144. *Vid.* también REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. y BUENO ARMIJO, A.M., *op. cit.*, pp. 375-392; IZQUIERDO CARRASCO, M., *op. cit.*, pp. 231-235 y GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, pp. 513-525. Sin embargo, podemos encontrar supuestos en los que a un único hecho le corresponden diferentes ilícitos y que encajan, bien en el *concurso ideal*, bien en el *concurso medial* de infracciones. Por ejemplo, estaremos ante un *concurso ideal* cuando una empresa desarrolla una actividad turística bajo precio sin haber presentado, en su caso, la preceptiva declaración responsable y, en consecuencia, carezca del libro de visitas de la inspección turística debidamente diligenciado por la Administración; en estos casos, de conformidad con la regla establecida en el artículo 77 del CP, deberíamos abrir un único expediente sancionador por la infracción más grave con la finalidad de imponer la correspondiente sanción administrativa “en su mitad superior”, esto es, deberíamos apreciar como agravante la circunstancia de que la infracción más leve quedará impune. Estaremos ante un *concurso medial* cuando la persona titular de un establecimiento no anuncia los precios al público con el único propósito de cobrar un precio diferente al notificado con carácter previo y verbalmente al cliente.

b) Supuestos en los que la persona titular del establecimiento o actividad comunique fuera de plazo a la Administración turística el cambio de datos ya inscritos en el Registro de Empresas y Actividades Turísticas de Galicia<sup>881</sup> o bien el cierre del establecimiento o el cese de la actividad turística.<sup>882</sup>

**Tipo infractor:** “No comunicarle a la Administración de la Xunta de Galicia los cambios o las reformas no sustanciales en los términos previstos en esta ley o hacerlo fuera de los plazos establecidos.”<sup>883</sup>

c) Supuestos en los que la persona titular del establecimiento o actividad turística anuncie la disponibilidad de hojas de reclamación pero no cumpla las formalidades exigidas en la ordenación turística correspondiente.<sup>884</sup>

**Tipo infractor:** “Incumplir el deber de exhibir los distintivos, los carteles, la lista de precios y la documentación exigida por la normativa turística, así como exhibirlos sin las formalidades requeridas.”<sup>885</sup>

---

<sup>881</sup> V. gr., el cambio de la directora o director de un hotel, el cambio del periodo anual de apertura de un camping, el cambio de nombre comercial de un restaurante, etc.

<sup>882</sup> “Las empresas que cesen en su actividad turística deberán comunicarlo, en el plazo de 10 días, a la consellería competente en materia de turismo, que cancelará la inscripción.” (Artículo 51.3 de la Ley 7/2011).

<sup>883</sup> Artículo 109.2, letra c), de la Ley 7/2011. Aunque el tenor literal de la Ley 7/2011 hace expresa referencia a su artículo 43, propongo una redacción del tipo infractor en la que se omita la cita del artículo correspondiente.

<sup>884</sup> V. gr., no están expuestas en todos los idiomas o la el tamaño de la letra no cumple las prescripciones dispuestas en la norma correspondiente (Decreto 148/2013).

<sup>885</sup> Artículo 109.2, letra b), de la Ley 7/2011.



d) Supuestos en los que la persona titular del establecimiento o de la actividad turística expone los precios<sup>886</sup> al público sin cumplir las formalidades exigidas en la ordenación turística, siempre y cuando estas deficiencias de carácter formal no afecten a las cifras indicadas al público en las listas o cartas de precios.<sup>887</sup>

**Tipo infractor:** “Incumplir el deber de exhibir los distintivos, los carteles, la lista de precios y la documentación exigida por la normativa turística, así como exhibirlos sin las formalidades requeridas.”<sup>888</sup>

e) Otros supuestos de exposición de carteles, distintivos o documentación sin cumplir las formalidades de la ordenación turística, siempre que no afecten de

---

<sup>886</sup> La vigencia del principio constitucional de economía de mercado determina la libertad de precios para las empresas turísticas sin más obligación que exhibirlos al público en un lugar de fácil visibilidad para los usuarios turísticos. La Ley 7/2011 declara la libertad de precios para las empresas de alojamiento turístico y restauración en su artículo 52 y recoge su publicidad, como un derecho de los usuarios turísticos (artículo 12.3) y como un deber de las empresas turísticas (artículo 35.f). Antes de la aprobación de esta norma, la Ley 1/2010, de 11 de febrero, de modificación de diversas leyes de Galicia para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DOG núm. 36, de 23/02/2010 y BOE núm. 86, de 09/04/2010) eliminó la obligación formal de comunicar los precios a la Administración autonómica por las empresas turísticas. Sobre este particular, el profesor NIETO GARCÍA subraya el cambio de sistema producido en España, donde la intervención de los precios por las administraciones públicas ha sido sustituida por una mayor exigencia de los estándares de calidad. *Vid.* NIETO GARCÍA, A., *op. cit.*, p. 33. “Por así decirlo, el fabricante y el prestador de servicios pueden engañar al cliente en el precio pero no en la calidad. Pueden exigir cien euros por una barra de pan y cien mil euros por un metro cuadrado de edificación; pero el pan y el edificio deben tener una calidad mínima preestablecida que el Estado garantiza.” *Ibidem*.

<sup>887</sup> *V. gr.* no indicar el periodo de vigencia de los precios o no indicar la inclusión del IVA, aunque los precios ya lo incluyan, así como otros requisitos de carácter formal que no afecten al precio final notificado al cliente en esas listas o cartas (Decreto 179/2011).

<sup>888</sup> Artículo 109.2, letra b), de la Ley 7/2011.

forma directa a los derechos de los usuarios turísticos y no estén comprendidos en otros supuestos infractores o niveles superiores.<sup>889</sup>

**Tipo infractor:** “Incumplir el deber de exhibir los distintivos, los carteles, la lista de precios y la documentación exigida por la normativa turística, así como exhibirlos sin las formalidades requeridas.”<sup>890</sup>

f) Supuestos de no exposición de los precios en el exterior del establecimiento, siempre que se cumplan dos condiciones: los precios estén expuestos correctamente en el interior y no haya servicio al público en el exterior del establecimiento (barra exterior, servicio de mesas o terraza, etc.).<sup>891</sup>

**Tipo infractor:** “Incumplir el deber de exhibir los distintivos, los carteles, la lista de precios y la documentación exigida por la normativa turística, así como exhibirlos sin las formalidades requeridas.”<sup>892</sup>

---

<sup>889</sup> Además, que tampoco afecten ni a los precios, ni a las hojas de reclamación. *V. gr.*, los horarios del comedor de un restaurante no alcanzan las dos horas y media mínimas previstas para las comidas y las cenas, respectivamente; los horarios de descanso de un camping no se adaptan a las prescripciones de la ordenación turística; el plano de un camping expuesto en recepción no recoge toda la información y servicios previstos por dicha ordenación, etc.

<sup>890</sup> Artículo 109.2, letra b), de la Ley 7/2011.

<sup>891</sup> Se trata de supuestos en los que solamente se prestan servicios bajo precio en el interior del local, motivo por el que una correcta publicidad interior podría ser suficiente para notificar los precios a los clientes, teniendo la publicidad exterior un carácter puramente informativo para el público en general.

<sup>892</sup> Artículo 109.2, letra b), de la Ley 7/2011.



g) Supuestos en los que la persona titular del establecimiento o actividad turística dispone de documentación preceptiva pero no cumple las formalidades o condiciones exigidas, siempre que no afecte directamente a los derechos de los usuarios turísticos.<sup>893</sup>

**Tipo infractor:** “No disponer materialmente de los documentos exigidos por la normativa turística para el ejercicio de las actividades, así como no observar en dicha documentación las condiciones exigidas.”<sup>894</sup>

h) Otros supuestos no contemplados en las conductas anteriores y cuya comisión vulnere las obligaciones establecidas por el legislador en la LTG.<sup>895</sup>

**Tipo infractor:** “Cualquier otro incumplimiento de las obligaciones expresamente impuestas por esta ley que no esté tipificado como infracción grave o muy grave.”<sup>896</sup>

---

<sup>893</sup> V. gr., la conservación de los documentos de admisión exigidos para todos los establecimientos de alojamiento turístico, a disposición de la inspección turística, pero sin las formalidades o condiciones exigidas por la norma correspondiente (Decreto 179/2011).

<sup>894</sup> Artículo 109.2, letra a), de la Ley 7/2011.

<sup>895</sup> Dada la falta de concreción de este supuesto, propongo su inclusión en el nivel más leve (L1). Por otra parte, la antijuridicidad de las conductas infractoras que pudieran encajar en él deberá de encontrarse recogida en la correspondiente ley cabecera de turismo, por ejemplo, la relación de deberes de los titulares de las empresas turísticas prevista en el artículo 35 de la Ley 7/2011. Sobre la técnica de la tipificación por remisión, *vid. supra* nota a pie de pág. núm. 876 e *infra* el apartado V-2, dedicado al principio de tipicidad, en el capítulo quinto de este trabajo.

<sup>896</sup> Artículo 109.10 de la Ley 7/2011. Su redacción constituye un claro ejemplo de la técnica de la *tipificación por remisión*, avalada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para las relaciones de sujeción general siempre que la norma que contenga las obligaciones incumplidas tenga rango legal. No obstante dicha interpretación jurisprudencial, dado que el ámbito de la potestad sancionadora trasciende a las relaciones especiales de sujeción y afecta a cualquier ciudadano, considero que esta técnica legislativa, cuando menos, presenta dudas acerca de su

**NIVEL 2º (L-2).** A las conductas infractoras comprendidas en este grupo de supuestos les corresponde alguna de las sanciones previstas en la segunda columna(L-2) de la tabla de sanciones por infracciones leves<sup>897</sup>, que se extienden desde la multa de 75 euros hasta la multa de 650 euros.<sup>898</sup>

Las conductas o supuestos de hecho que conforman este nivel siguen tutelando bienes jurídicos de carácter formal, aunque tienen una mayor repercusión sobre los derechos de los usuarios turísticos, motivo por el que los he incluido en este apartado.

a) Supuestos en los que la empresa turística expide las facturas o justificantes de pago a sus clientes sin cumplir los requisitos exigidos por la normativa turística.<sup>899</sup>

---

compatibilidad con los principios del Derecho punitivo. *Vid. supra* nota a pie de pág. núm. 876 e *infra* capítulo V, apartado V-2, dedicado al principio de tipicidad.

<sup>897</sup>*Vid. infra* tabla de sanciones núm. 17, columna L-2.

<sup>898</sup> Sanciones previstas en el artículo 114, letra a), de la Ley 7/2011. A imagen y semejanza del sistema de determinación de la pena inferior en grado previsto en el CP, cuyo artículo 71 permite a los jueces y tribunales ir más allá de las cuantías mínimas establecidas como penas en la ley, la concurrencia de diferentes circunstancias atenuantes que motivasen el traslado de la sanción más allá del primer recuadro de la columna L-2 (multa de 75 euros), desplazaría la sanción lateralmente hacia el siguiente recuadro de su izquierda, correspondiente a la columna L-1 (apercibimiento). De esta manera la infracción pasaría a ser castigada con un leve apercibimiento y no con una multa de 75 euros. Por medio de esta técnica el baremo concilia los dos principios rectores de todo procedimiento sancionador: el de legalidad, ya que, tal como prevé la LTG cualquier infracción leve podría ser sancionada con un simple apercibimiento, siempre que concurren las circunstancias atenuantes suficientes; y el de proporcionalidad, porque la intensidad de la sanción será siempre adecuada a la gravedad de la conducta infractora.

<sup>899</sup> *V. gr.*, las facturas no identifican la clasificación turística del establecimiento, o bien, cuando se trate de servicios de alojamiento, no identifican la unidad de alojamiento asignada o la fecha de entrada y salida del huésped, o bien, cuando se trate de servicios de restauración, no

**Tipo infractor:** “Expedir sin los requisitos exigidos por la normativa turística las facturas o los justificantes de cobro por los servicios prestados, así como no conservar los correspondientes duplicados durante el tiempo establecido reglamentariamente.”<sup>900</sup>

b) Supuestos en los que la empresa turística formalizó la documentación exigida para la contratación de los servicios turísticos<sup>901</sup> pero no conserva dicha documentación durante el tiempo exigido en la ordenación turística.<sup>902</sup>

**Tipo infractor:** “No disponer materialmente de los documentos exigidos por la normativa turística para el ejercicio de las actividades, así como no observar en dicha documentación las condiciones exigidas.”<sup>903</sup>

c) Supuestos en los que la persona titular del establecimiento o actividad no comunique a la Administración turística los cambios de titularidad de los establecimientos o actividad, así como aquellas otras modificaciones que no

---

identifican los diferentes conceptos o no se acompaña la comanda o nota de pedido con dicha desagregación (*vid.* el artículo 10 del Decreto 179/2011).

<sup>900</sup> Artículo 109.2, letra d), de la Ley 7/2011. Conviene precisar que el último inciso de este tipo infractor no guarda correspondencia con ningún precepto de la ordenación turística que exija a las empresas turísticas la conservación de los duplicados de las facturas o justificantes de cobro.

<sup>901</sup> V. *gr.*, el documento de admisión por parte de las empresas de alojamiento turístico (Decreto 179/2011).

<sup>902</sup> Considero que la legislación turística gallega debería exigir expresamente la conservación tanto de los contratos acreditativos de las diferentes prestaciones turísticas (viajes combinados y paquetes turísticos, facturas, etc.), como de los documentos de reserva de plazas (alojamiento y restauración), al menos, durante un año desde su formalización (plazo que se correspondería con el previsto en la LTG para la prescripción legal de las infracciones leves), todo ello con el propósito de ofrecer más garantías a los derechos de los usuarios turísticos.

<sup>903</sup> Artículo 109.2, letra a), de la Ley 7/2011.

tengan un carácter sustancial, de conformidad con la ordenación turística autonómica, a excepción del cese de la actividad o el cierre del establecimiento.

**Tipo infractor:** “No comunicarle a la Administración de la Xunta de Galicia los cambios o las reformas no sustanciales en los términos previstos en esta ley o hacerlo fuera de los plazos establecidos.”<sup>904</sup>

d) Supuestos en los que la empresa turística no dispone materialmente del libro de visitas de la inspección turística en el establecimiento o lugar donde se desarrolla la actividad, aunque la empresa turística esté inscrita correctamente en el Registro de empresas y actividades turísticas.<sup>905</sup>

**Tipo infractor:** “No disponer materialmente de los documentos exigidos por la normativa turística para el ejercicio de las actividades, así como no observar en dicha documentación las condiciones exigidas.”<sup>906</sup>

---

<sup>904</sup> Artículo 109.2, letra c), de la Ley 7/2011. Aunque el tenor literal de la Ley 7/2011 hace expresa referencia a su artículo 43, propongo una redacción del tipo infractor en la que se omita la cita del artículo correspondiente.

<sup>905</sup> En estos casos la deficiencia de carácter formal tiene consecuencias sobre la labor inspectora de la Administración turística, ya que los funcionarios actuantes no tendrán acceso a los antecedentes del establecimiento o al resultado de la última visita de inspección, ni dejar constancia del resultado de su visita.

<sup>906</sup> Artículo 109.2, letra a), de la Ley 7/2011.

e) Supuestos en los que la empresa dispone del libro de visitas de la inspección turística en el establecimiento, pero no cumple las condiciones impuestas por la normativa turística.<sup>907</sup>

**Tipo infractor:** “No disponer materialmente de los documentos exigidos por la normativa turística para el ejercicio de las actividades, así como no observar en dicha documentación las condiciones exigidas.”<sup>908</sup>

f) Supuestos en los que la empresa dispone de hojas de reclamaciones en el establecimiento, pero no cumplen las condiciones impuestas en la ordenación turística.<sup>909</sup>

**Tipo infractor:** “No disponer materialmente de los documentos exigidos por la normativa turística para el ejercicio de las actividades, así como no observar en dicha documentación las condiciones exigidas.”<sup>910</sup>

g) Supuestos en los que los precios de los servicios están expuestos al público sin cumplir las condiciones exigidas en la ordenación turística<sup>911</sup>, de forma que

---

<sup>907</sup> V. gr., el libro está deteriorado o ha sido manipulado (Decreto 148/2013).

<sup>908</sup> Artículo 109.2, letra a), de la Ley 7/2011.

<sup>909</sup> V. gr., las hojas de reclamación están deterioradas, han sido manipuladas o no se corresponden con las hojas de reclamación de turismo, (Decreto 148/2013).

<sup>910</sup> Artículo 109.2, letra a), de la Ley 7/2011.

<sup>911</sup> V. gr., las cartas de comidas y bebidas en un restaurante no están en los dos idiomas oficiales de nuestra comunidad o los precios se anuncian al público en un lugar de difícil visibilidad o

se vulnere el derecho de los usuarios turísticos a recibir una información comprensible, veraz, objetiva y completa sobre las características y el precio de los productos y servicios antes de ser contratados.<sup>912</sup>

**Tipo infractor:** “Incumplir el deber de exhibir los distintivos, los carteles, la lista de precios y la documentación exigida por la normativa turística, así como exhibirlos sin las formalidades requeridas.”<sup>913</sup>

h) Supuestos en los que la empresa turística expone la placa o distintivo de la clasificación turística fuera de la zona de acceso del establecimiento o en un lugar de poca visibilidad o accesibilidad para el público.<sup>914</sup>

**Tipo infractor:** “Incumplir el deber de exhibir los distintivos, los carteles, la lista de precios y la documentación exigida por la normativa turística, así como exhibirlos sin las formalidades requeridas.”<sup>915</sup>

i) Supuestos en los que no se anuncie la disponibilidad de las hojas de reclamación en el establecimiento o local abierto al público.<sup>916</sup>

---

accesibilidad para el público, tanto en establecimientos de restauración como de alojamiento turístico.

<sup>912</sup> Vid. el artículo 12 de la Ley 7/2011, sobre el derecho de información.

<sup>913</sup> Artículo 109.2, letra b), de la Ley 7/2011.

<sup>914</sup> La finalidad de esta conducta es la de ocultar la clasificación turística oficial del establecimiento a sus clientes, sin dejar de exhibir el distintivo correspondiente.

<sup>915</sup> Artículo 109.2, letra b), de la Ley 7/2011.

**Tipo infractor:** “Incumplir el deber de exhibir los distintivos, los carteles, la lista de precios y la documentación exigida por la normativa turística, así como exhibirlos sin las formalidades requeridas.”<sup>917</sup>

j) Supuestos en los que la empresa no exhibe los documentos o información diferente a los precios y hojas de reclamación, siempre que su exposición tenga carácter preceptivo en la ordenación turística.<sup>918</sup>

---

<sup>916</sup> Este supuesto contempla tan solo la falta de publicidad de las hojas de reclamación al público en el establecimiento, es decir, al margen de la efectiva disponibilidad o no de las hojas de reclamación. No obstante, la ausencia de publicidad podría concurrir perfectamente con una carencia de dichos ejemplares. Dado que se trata de dos conductas diferentes, parece, a primera vista, que procedería la apreciación de un *concurso real* de infracciones. Pero, ¿y si la voluntad del sujeto infractor conformase una unidad infractora? ¿Podríamos entonces apreciar un *concurso medial*? Sobre la base de los principios de culpabilidad y proporcionalidad, límites al *ius puniendi* estatal, considero su apreciación. Así las cosas, la acreditación de una voluntad única, a modo de unidad infractora, obligaría a la aplicación de las reglas del *concurso medial* de infracciones previstas en el artículo 4.4 del Real decreto 1398/1993: “En defecto de regulación específica establecida en la norma correspondiente, cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida.” Dado que en este supuesto las dos infracciones son de carácter leve ¿debemos agravar la sanción impuesta al sujeto infractor? No es pacífica la doctrina aunque entiendo que no procedería agravar la sanción impuesta, dada la literalidad del citado precepto y la prohibición de realizar interpretaciones extensivas *in malam partem*. Así lo aprecia la jurisprudencia contencioso administrativa. Valga como ejemplo la SAN (sala de lo contencioso-administrativo), de 26 de diciembre de 2013, que apreció un *concurso medial* entre infracciones que revestían la misma gravedad y declaró la nulidad de una de las sanciones y no calificó como circunstancia agravante específica la propia existencia del *concurso medial* (vid. fundamento jurídico sexto).

El mismo razonamiento será de aplicación en supuestos similares como, por ejemplo, la falta de exposición de los precios al público por la empresa turística con el fin de proceder a un cobro arbitrario a sus clientes, con la ventaja de que, en este supuesto, al concurrir dos infracciones de distinta gravedad, se impondrá la sanción correspondiente a la infracción más grave.

<sup>917</sup> Artículo 109.2, letra b), de la Ley 7/2011.

<sup>918</sup> V. gr., la ausencia de exposición de los horarios de funcionamiento o de cierre semanal en el exterior de un restaurante o cafetería; la no exhibición al público de cualquiera de los documentos previstos en la ordenación de los campamentos de turismo (Decreto 144/2013), como la autorización de la Administración turística, el periodo anual de funcionamiento, el plano del camping, el certificado de la potabilidad del agua (en su caso), etc.



**NIVEL 3º (L-3).** A las conductas infractoras comprendidas en este grupo de supuestos les corresponde alguna de las sanciones previstas en la tercera columna (L-3) de la tabla de sanciones por infracciones leves<sup>919</sup>, que se extienden desde la multa de 100 euros hasta la multa de 900 euros.<sup>920</sup>

Las conductas o supuestos de hecho, tanto de carácter formal como material, afectan directamente a los derechos de los usuarios turísticos, motivo por el que se incluyen en este último apartado.

a) Supuestos de falsedades sobre datos no esenciales de las comunicaciones previas, las declaraciones responsables o su documentación complementaria.<sup>921</sup>

**Tipo infractor:** “La inexactitud, la falsedad o la omisión en las manifestaciones y en los documentos que, en relación con datos de carácter no esencial,

---

<sup>919</sup> *Vid. infra* tabla de sanciones núm. 17, columna L-3.

<sup>920</sup> Sanciones previstas en el artículo 114, letra a), de la Ley 7/2011. De la misma forma que ocurre en el nivel anterior (L2) (*vid. nota* a pie de pág. núm. 898), la concurrencia de diferentes circunstancias atenuantes que motivasen el traslado de la sanción más allá del primer recuadro de la columna L-3 (multa de 100 euros), desplazaría la sanción lateralmente hacia el recuadro de su izquierda, correspondiente a la columna L-2 (multa de 75 euros) y, a continuación, hacia el siguiente recuadro de su izquierda, correspondiente a la columna L-1 (apercibimiento). Por medio de esta técnica el baremo concilia los dos principios rectores de todo procedimiento sancionador: el de legalidad, ya que, tal como prevé la LTG cualquier infracción leve podría ser sancionada con un simple apercibimiento, siempre que concurren las circunstancias atenuantes suficientes; y el de proporcionalidad, porque la intensidad de la sanción será adecuada a la gravedad de la conducta infractora.

<sup>921</sup> Este supuesto incluye las falsedades sobre datos no esenciales de la comunicación previa, de la declaración responsable, de la documentación aneja y de la documentación que la empresa pone a disposición de la Administración turística en su domicilio social, local o establecimiento. (*Vid. nivel L-1, nota* a pie de pág. núm. 877).

comuniquen o incorporen los promotores de empresas y actividades turísticas en sus declaraciones responsables.”<sup>922</sup>

b) Todos los supuestos en que las empresas de alojamiento turístico y restauración no exhiben sus precios al público.”<sup>923</sup>

**Tipo infractor:** “Incumplir el deber de exhibir los distintivos, los carteles, la lista de precios y la documentación exigida por la normativa turística, así como exhibirlos sin las formalidades requeridas.”<sup>924</sup>

---

<sup>922</sup> Artículo 109.1 de la Ley 7/2011. De la misma forma que ocurre con las inexactitudes y omisiones de datos esenciales en las comunicaciones previas este tipo infractor podría acoger cualquier falsedad sobre datos y documentos relativos a las comunicaciones previas.

<sup>923</sup> Este supuesto tiene apoyo en el artículo 52.1 de la actual LTG que dispone lo siguiente: “Los precios de todos los alojamientos turísticos y de los establecimientos de restauración tienen el carácter de libres, pudiendo fijarse y modificarse por las empresas en cualquier momento sin más obligación que la de publicitarlos, en los términos previstos en la normativa vigente.” El resto de empresas turísticas deberán informar y comunicar el precio a los usuarios antes de la contratación de los servicios, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 12 (derecho a una información comprensible, veraz, objetiva y completa sobre las características y el precio de los productos y servicios ofertados antes de contratarlos) y 35, letra e), de la Ley 7/2011, pero no están obligadas a la exposición de los precios de todos los productos ofertados (v. gr. una agencia de viajes). Así y a título de ejemplo, son conductas que encajarían en este supuesto las siguientes: no exponer los precios al público, ni en el interior, ni en el exterior de los establecimientos de restauración, o en el interior de los establecimientos de alojamiento turístico; no entregar las cartas de comidas o bebidas a los clientes de un restaurante que no exhiba las listas de precios, o bien, entregar las cartas sin especificar los precios de los productos, o aquellos casos tan frecuentes en que el personal de servicio *recita* las tapas, raciones o platos del establecimiento sin informar a los clientes de sus precios; en definitiva, todos aquellos supuestos en los que hay una absoluta desinformación (y consiguiente indefensión), de los usuarios turísticos en relación con los precios de los servicios turísticos ofrecidos por los establecimientos de alojamiento y restauración.

<sup>924</sup> Artículo 109.2, letra b), de la Ley 7/2011.

c) Supuestos en los que no se le comuniquen el precio al cliente, bien de forma verbal, bien de forma documental, antes de la contratación de sus servicios o productos.<sup>925</sup>

**Tipo infractor:** “Las deficiencias en la prestación de servicios debidos o en los términos contratados, cuando no le causen un grave perjuicio a la usuaria o al usuario turístico.”<sup>926</sup>

d) Supuestos en los que la documentación preceptiva para realizar la oferta de un producto o servicio turístico o para formalizar el correspondiente contrato no contiene la información sobre los precios exigida en la ordenación turística.<sup>927</sup>

---

<sup>925</sup> Tomando como fundamento los artículos 12 y 35 e) de la Ley 7/2011, puede afirmarse que todas las empresas turísticas tienen el deber de informar a sus clientes de forma comprensible, veraz, objetiva y completa sobre las características y el precio de todos sus productos y servicios antes de su proceder a su contratación. Esta obligación afecta a cualquier empresa turística por su omisión motivaría la incoación del oportuno expediente sancionador aunque se trate de empresas que no estén obligadas a exhibirlos al público de una manera formal. Este supuesto trata de comprender aquellos casos en que la información previa del precio puede hacerse de forma verbal, aunque siempre con anterioridad a su contratación. Por ejemplo, los servicios prestados por los guías de turismo o los gastos de gestión que deduzcan las agencias de viajes por la venta de servicios sueltos.

<sup>926</sup> Artículo 109.3 de la Ley 7/2011. Considero que la aplicación de este tipo infractor para sancionar los supuestos descritos conlleva el riesgo de que los juzgados o tribunales de lo contencioso-administrativo declaren la nulidad de la resolución sancionadora por una posible vulneración del principio de tipicidad. Sin embargo, no encuentro un tipo infractor en la LTG que ofrezca mayor acomodo a estas conductas. Por consiguiente, propongo la creación de un tipo infractor que recoja expresamente estos supuestos, es decir, que tipifique expresamente el incumplimiento del deber de información previa de los precios por servicios turísticos antes de su contratación, por aquellas empresas que no tengan obligación de proceder a su exhibición formal en un lugar visible dentro o fuera del establecimiento.

<sup>927</sup> A título de ejemplo, las agencias de viaje que oferten paquetes turísticos de un día (Decreto 42/2001) o viajes combinados (RDL 1/2007) deben confeccionar y poner a disposición del público un programa o folleto informativo que, entre otros contenidos, contenga una clara y exacta información del precio final completo del viaje, incluidos los impuestos, y el precio estimado de las excursiones facultativas. Además, deben indicar las condiciones y consecuencias relativas a posibles cancelaciones y demás condiciones del viaje. De la misma forma, en el momento de la celebración del contrato, la agencia formalizará un documento

**Tipo infractor:** “Entregar a las usuarias y a los usuarios turísticos documentación defectuosa o que incumpla los requisitos de la normativa turística cuando aquella sea obligatoria.”<sup>928</sup>

e) Supuestos en los que la lista de precios expuesta al público o las cartas de precios del establecimiento, a disposición de sus clientes, presentan deficiencias e irregularidades de suficiente entidad como para producir la misma indefensión que genera su falta de exposición o disponibilidad<sup>929</sup>.

**Tipo infractor:** “Incumplir el deber de exhibir los distintivos, los carteles, la lista de precios y la documentación exigida por la normativa turística, así como exhibirlos sin las formalidades requeridas.”<sup>930</sup>

f) Supuestos en los que la empresa no expone la placa o distintivo de la clasificación turística del establecimiento cuando tenga carácter preceptivo.

---

contractual que, entre otras cláusulas, incluirá el precio del viaje (además de las facturas correspondientes), desglosando los gastos de gestión, así como una indicación de toda posible revisión del mismo y de los posibles derechos e impuestos correspondientes a los servicios contratados, cuando no hayan podido incluirse en el precio del paquete turístico o del viaje combinado (v. gr. el impuesto turístico o *tassa di soggiorno* que, desde enero de 2011, todos los turistas que pernoctan en Roma deben pagar en el hotel donde se alojen).

<sup>928</sup> Artículo 109.9 de la Ley 7/2011.

<sup>929</sup> V. gr., la lista de precios de un restaurante recoge conceptos como “según plaza” o “SP”, o “según mercado” o “SM”, especialmente cotidiano en algunas cartas de pescado y marisco de restaurantes; aquellos supuestos en los que se ofertan “mariscadas” o “parrilladas”, tanto de carne como de pescado o marisco y la oferta no detalla su composición, con el riesgo de defraudar las expectativas generadas en los clientes en el momento de contratar estos servicios.

<sup>930</sup> Artículo 109.2, letra b), de la Ley 7/2011.

**Tipo infractor:** “Incumplir el deber de exhibir los distintivos, los carteles, la lista de precios y la documentación exigida por la normativa turística, así como exhibirlos sin las formalidades requeridas.”<sup>931</sup>

g) Supuestos en los que la empresa carece de hojas de reclamación a disposición de los usuarios en el local o establecimiento.<sup>932</sup>

**Tipo infractor:** “No disponer materialmente de los documentos exigidos por la normativa turística para el ejercicio de las actividades, así como no observar en dicha documentación las condiciones exigidas.”<sup>933</sup>

h) Supuestos en los que la empresa no preste la debida colaboración con la inspección turística<sup>934</sup> y provoque un simple retraso en la comunicación o información solicitada bajo el amparo de la ordenación turística.

---

<sup>931</sup> Artículo 109.2, letra b), de la Ley 7/2011.

<sup>932</sup> En estos supuestos la empresa carece de hojas de reclamación a disposición del público, ni de la Administración turística ni de otros organismos, como consumo, por ejemplo. Este apartado comprende aquellos casos en los que el personal de la empresa no puede entregar la hoja solicitada porque carece de ejemplares y no puede imprimirlos en el momento de la solicitud. Recordemos que, desde la entrada en vigor del Decreto 148/2013, (24 de octubre de 2013), cualquier empresa puede descargar los ejemplares de las hojas de reclamación de turismo desde la siguiente dirección electrónica que la agencia Turismo de Galicia ha puesto a disposición de los ciudadanos: <http://www.turgalicia.es/docs/mdaw/mtu2/~edisp/turga156214.pdf>. Así las cosas, la relación de esta conducta con una supuesta ausencia de inscripción en el Registro de empresas y actividades turísticas del establecimiento o actividad (cuando ésta sea preceptiva), ha pasado del *concurso ideal* al *concurso real*, es decir, no se trata de una única conducta infractora sino de dos conductas distintas que constituirán dos infracciones administrativas diferentes y que, en consecuencia, deberían ser sancionadas respectivamente.

<sup>933</sup> Artículo 109.2, letra a), de la Ley 7/2011.

<sup>934</sup> V. gr., entregar la documentación turística requerida formalmente por el personal inspector fuera del plazo concedido para ello.

**Tipo infractor:** “Las acciones y omisiones que, en lo relativo a la labor inspectora impliquen un simple retraso en el cumplimiento de las obligaciones de comunicación e información.”<sup>935</sup>

i) Supuestos en los que se producen deficiencias leves a los usuarios turísticos en la prestación de los servicios contratados. También los supuestos de incumplimiento contractual en los que no se causen daños graves a los clientes de la prestación.<sup>936</sup>

---

<sup>935</sup> Artículo 109.2, letra f), de la Ley 7/2011.

<sup>936</sup> La deficiencia en la prestación del servicio y la ausencia de un perjuicio grave, causado a los clientes del servicio debido, serán los elementos claves que delimitarán la aplicación de este tipo infractor. Si bien la actual redacción de esta conducta, formulada en sentido negativo (“cuando no causaren un grave perjuicio...”), no exige la producción de un perjuicio leve, su existencia determinará la formalización y presentación de la correspondiente reclamación por parte de los clientes. En consecuencia, propongo una nueva redacción en sentido positivo, de forma que el perjuicio leve sea necesario para apreciar la infracción y se incorpore a la conducta infractora como un elemento más del tipo. A continuación, a título de ejemplo, describo algunas conductas que podrían encajar en este tipo infractor, siempre que la deficiencia en la prestación sea un hecho concreto y el posible perjuicio causado a los destinatarios del servicio no revista un carácter grave. En empresas de alojamiento turístico: (a) la no prestación (aislada) o prestación deficiente de un servicio complementario al alojamiento que no resulte obligatorio para el establecimiento, de acuerdo con su categoría turística pero, o bien es objeto de publicidad por la empresa, o bien ya estaba contratado previamente por el cliente (secador de pelo, garaje, climatización, piscina, *spa*, gimnasio, instalaciones deportivas, etc.); Considero que la no prestación del servicio con carácter permanente, si se trata de servicios complementarios y no obligatorios que sean objeto de publicidad por parte de la empresa turística, encajaría en otro tipo infractor, de carácter grave, como es la información y publicidad de productos y servicios de forma que produzcan confusión o error en los usuarios turísticos (artículo 110.15 de la Ley 7/2011); (b) la no prestación (aislada y no permanente) o prestación deficiente de un servicio complementario al alojamiento de obligada prestación por la categoría de la empresa turística (bar, climatización, lavandería, garaje, comedor...). Si el servicio no se presta con carácter permanente o indefinido y fuese obligatoria su prestación por la categoría turística del establecimiento, la conducta encajaría en el tipo infractor grave previsto para el incumplimiento o alteración de las circunstancias que motivaron su clasificación turística; (c) las molestias o ruidos ocasionados en el propio establecimiento que alteran el descanso de los huéspedes sin ocasionar perjuicios de mayor entidad; (d) el personal de recepción, o que debe recibir y atender a los huéspedes, no habla todos los idiomas exigidos en la ordenación turística; etc. En empresas de restauración: (a) una excesiva lentitud o tardanza en el servicio de los productos contratados; (b) la baja calidad de los productos o servicios prestados; (c) la no consideración de las preferencias señaladas expresamente por el cliente para la elaboración de los alimentos (preparación sin sal, carne poco hecha, etc.), (d) el personal de servicio, que atiende a los



**Tipo infractor:** “Las deficiencias en la prestación de los servicios debidos o en los términos contratados, cuando no causasen un grave perjuicio a la usuaria o usuarios turístico.”<sup>937</sup>

j) Supuestos en los que la normativa turística exige algún tipo de formación específica para el desempeño de un determinado puesto de trabajo en una empresa turística y no se cumple.<sup>938</sup>

**Tipo infractor:** “No poseer personal habilitado legalmente para el ejercicio de un puesto de trabajo, cuando así lo exigiera la normativa turística de aplicación”.<sup>939</sup>

---

clientes del establecimiento, no habla todos los idiomas exigidos en la ordenación turística; etc. En empresas de intermediación turística: (a) la falta de información por las agencias minoristas o detallistas a sus clientes que les provoque de alguna manera perjuicios de carácter leve; (b) cambios o modificaciones efectuados por las agencias mayoristas u organizadoras sobre las condiciones contratadas con sus clientes y que no les produzcan perjuicios graves; (c) el incumplimiento de las condiciones pactadas entre las agencias y sus clientes, siempre que el perjuicio producido tampoco revista carácter grave; etc.

<sup>937</sup> Artículo 109.3 de la Ley 7/2011.

<sup>938</sup> Derogado el régimen estatal previsto para los directores de las empresas turísticas privadas (*vid.* la siguiente nota a pie de pág. núm. 939), este supuesto (recogido en la LTG como tipo infractor), puede aplicarse en aquellos casos en que la ordenación turística obligue a la contratación de profesionales específicos para la prestación de un servicio concreto como condición para el otorgamiento de una categoría o especialidad turística (*v. gr.*, personal médico o fisioterapeuta en un hotel balneario).

<sup>939</sup> Artículo 109.4 de la Ley 7/2011. Brevemente, los orígenes de este tipo infractor están en el Decreto 231/1965, de 14 de enero, por el que se aprueba el Estatuto ordenador de las Empresas y de las Actividades Turísticas Privadas (BOE núm. 44, de 20 de febrero de 1965), hoy derogado, cuyo artículo 14.1 dispuso lo siguiente: “En los casos en que reglamentariamente se exija la existencia de un director, éste deberá hallarse en posesión de título expedido o convalidado por la Escuela Oficial de Turismo.” Dicho artículo fue desarrollado mediante Orden de 11 de agosto de 1972, por la que se aprueba el Estatuto de los directores de establecimientos de empresas turísticas y se dictan normas sobre inscripción en el registro correspondiente (BOE núm. 199, de 19 de agosto de 1972), cuyo artículo 2, a su vez, fue modificado por la Orden de 13/12/1976 (BOE núm. 14, de 17 de enero de 1977), que dispuso lo siguiente: “El cargo de director de un establecimiento de empresas turísticas sólo podrá ser



k) Supuestos en los que los clientes de un establecimiento o actividad turística sufren una atención deficiente o un trato incorrecto durante la prestación de los servicios debidos por parte de cualquier persona relacionada de forma laboral con la empresa turística, siempre que no constituyan una infracción grave o muy grave de acuerdo con la LTG.<sup>940</sup>

**Tipo infractor:** “Las deficiencias en la atención y trato a las usuarias y usuarios turísticos por parte del personal de la empresa o establecimiento cuando no constituyan infracción grave o muy grave, incluidas las que supongan una vulneración de su derecho a la tranquilidad de acuerdo con las características del establecimiento de que se trate y del ámbito en que el mismo se encuentre.”<sup>941</sup>

---

desempeñado por quien posea el título de técnico de empresas turísticas, expedido o convalidado por el ministerio de información y turismo, a propuesta de la escuela oficial de turismo.” Toda esta ordenación estatal fue derogada definitivamente mediante Real decreto 39/2010, de 15 de enero, por el que se derogan diversas normas estatales sobre acceso a actividades turísticas y su ejercicio (BOE núm. 30, de 4 de febrero de 2010). Actualmente, la legislación turística de Galicia no exige ninguna titulación o habilitación específica para el desempeño del cargo de dirección de una empresa turística privada.

<sup>940</sup> La conducta descrita en este tipo infractor deberá ceñirse a una simple falta de respeto o desconsideración hacia el cliente, de modo que no induzca a confusión con la conducta descrita como las deficiencias por la prestación de servicios. Además, es necesaria la ausencia de una ofensividad manifiesta hacia los clientes porque su concurrencia en la conducta implicaría su calificación como grave de acuerdo con el artículo 110.13 de la Ley 7/2011. En este orden de cosas, las alegaciones del representante del establecimiento resultarán determinantes para su acreditación, ya que podrá reconocer o negar de plano la posible desconsideración con el cliente, así como el posible reconocimiento de los hechos o su negación por la persona que trató directamente con la reclamante. Por último, esta conducta podría confluir con otras siempre que la desconsideración vaya acompañada, por ejemplo, de la negación de un derecho a la persona ofendida. Así, por ejemplo, si un cliente pide un ejemplar de las hojas de reclamación, la carta de precios de un restaurante, o bien pretende entrar en un establecimiento turístico y, primero, sufre una desconsideración o falta de respeto por parte del personal de servicio y, segundo, una negativa al ejercicio de ese derecho, tendríamos dos conductas infractoras diferentes cuya relación se resolvería a través de un *concurso real* de infracciones turísticas.

<sup>941</sup> Artículo 109.5 de la Ley 7/2011.

I) Todos los supuestos en los que la persona encargada del establecimiento o actividad turística<sup>942</sup> no entrega de forma inmediata un ejemplar de las hojas de reclamación a la usuaria o usuario turístico que lo haya solicitado.<sup>943</sup>

**Tipo infractor:** “Negarse a facilitar las hojas de reclamaciones en el momento de ser solicitadas, incluso si la reclamación se fundamenta en la denegación de acceso al local o en que no se presta el servicio solicitado.”<sup>944</sup>

LI) Supuestos de falta de limpieza y decoro en el interior y exterior de los establecimientos turísticos.<sup>945</sup>

---

<sup>942</sup> Recordemos que la LTG dispone en su artículo 117.2 la responsabilidad administrativa de las personas titulares de la empresa turística por “las infracciones cometidas por el personal afecto a su servicio, sin perjuicio de las acciones de resarcimiento que resultasen procedentes.”

<sup>943</sup> Este supuesto también comprende aquellos casos en los que se efectúa una resistencia previa a la entrega del ejemplar a la persona que lo solicita; por ejemplo, la persona responsable del establecimiento no entrega la hoja de reclamación de forma inmediata, sino que espera a la presencia de los agentes de la policía local o de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.

<sup>944</sup> No me parece acertado el cambio en la clasificación de esta conducta infractora, que pasó de infracción de carácter grave a leve en la vigente LTG. Discrepo porque en estos casos la empresa turística niega con carácter absoluto el ejercicio de un derecho reconocido expresamente a los usuarios turísticos en el artículo 16.1 de la Ley 7/2011: “La usuaria o usuario turístico tiene derecho a formular quejas y reclamaciones de acuerdo con lo establecido en la presente ley. Las empresas turísticas están obligadas a tener en sus establecimientos hojas de reclamaciones facilitadas por la Administración de la Xunta de Galicia. Su existencia habrá de ser anunciada de forma visible e inequívoca y habrán de ser entregadas, de forma inmediata, a las usuarias y usuarios cuando las soliciten y, en su caso, tras el pago de los servicios prestados. Las características y el procedimiento para la tramitación de las hojas de reclamaciones se determinarán reglamentariamente.” Como se infiere del propio texto legal, la única condición que exige de la entrega es el pago de los servicios prestados.

<sup>945</sup> V. gr., la suciedad, el desorden o el abandono en las dependencias destinadas a los clientes de la empresa turística (habitaciones, salones, servicios higiénicos, comedores, etc.; las humedades en las paredes del interior del establecimiento, en las fachadas o en los patios interiores o exteriores del inmueble, etc.). Cuando los hechos constatados excedan de una simple falta de limpieza o decoro de las dependencias del establecimiento y trasciendan a sus condiciones higiénico-sanitarias, la agencia pública Turismo de Galicia deberá trasladar las actuaciones practicadas a los órganos competentes de la Administración sanitaria.

**Tipo infractor:** “Las deficiencias en las condiciones de funcionamiento y limpieza de los locales, instalaciones, mobiliario y equipamiento y la falta de decoro de los establecimientos, fachadas e inmediaciones del inmueble que formen parte de la explotación.”<sup>946</sup>

m) El abandono de las instalaciones, equipamiento o mobiliario en mal estado o no acorde con la categoría otorgada al establecimiento.<sup>947</sup>

**Tipo infractor:** “Las deficiencias en las condiciones de funcionamiento y limpieza de los locales, instalaciones, mobiliario y equipamiento y la falta de decoro de los establecimientos, fachadas e inmediaciones del inmueble que formen parte de la explotación.”<sup>948</sup>

---

<sup>946</sup> Artículo 109.6 de la Ley 7/2011. Del último inciso de este tipo infractor deduzco una cuestión que, dada la singularidad de la propiedad en los núcleos rurales en Galicia, podría suceder con facilidad, ¿qué ocurre en aquellos supuestos en los que la falta de decoro o la suciedad es responsabilidad directa de los propietarios de inmuebles que se encuentren situados “en las inmediaciones” del establecimiento turístico? ¿Podríamos imputar responsabilidad administrativa al titular de la empresa turística por estos hechos? Mi postura es contraria a dicha imputación porque resultaría contraria al principio de culpabilidad.

<sup>947</sup> V. gr., la falta de mantenimiento del equipamiento e instalaciones destinadas a los clientes; un funcionamiento deficiente de las instalaciones o de la maquinaria al servicio del establecimiento, como ascensores, calefacción, climatización, sistema eléctrico, etc. Estos hechos podrían constituir también una deficiencia leve o grave en la prestación de los servicios debidos a los clientes, no obstante, estaríamos ante un único hecho o conducta razón por la cual considero de aplicación las reglas del *concurso ideal* de infracciones (*vid. supra* nota pie de pág. num. 880).

<sup>948</sup> Artículo 109.6 de la Ley 7/2011.

n) Supuestos en los que las dependencias o instalaciones de los trabajadores se encuentren sucias, deterioradas o en estado de abandono (dormitorios, comedores, servicios higiénicos, vestuarios, etc.).<sup>949</sup>

**Tipo infractor:** “Las deficiencias en las dependencias o de las instalaciones destinadas al personal del establecimiento.”<sup>950</sup>

ñ) Supuestos en los que se permite la venta ilegal de objetos (música, cine, programas informáticos derivados de la *piratería*, ropa o complementos de marca falsificados, tabaco, etc.), dentro del establecimiento y por personas ajenas a la empresa turística.<sup>951</sup>

**Tipo infractor:** “Permitir la venta ambulante ilegal de objetos en el establecimiento.”<sup>952</sup>

---

<sup>949</sup> Como ya indiqué en la letra j) de este nivel (L-3), siempre que la suciedad trascienda las condiciones higiénico sanitarias del establecimiento deberán trasladarse las actuaciones a las autoridades competentes en materia sanitaria. Asimismo, dependiendo de las circunstancias que concurran en cada caso, comunicaremos también los hechos a la inspección de trabajo.

<sup>950</sup> Artículo 109.7 de la Ley 7/2011.

<sup>951</sup> La conducta infractora se imputa al titular de la empresa que debería impedir, dentro de lo posible (normas de régimen interior, expulsión del local o aviso a la policía o a la guardia civil), esta venta ambulante que, a su vez, constituye un ilícito diferente de la materia turística.

<sup>952</sup> Artículo 109.9 de la Ley 7/2011.

#### IV.2.2.2- Supuestos para los tipos infractores graves de la LTG<sup>953</sup>

**NIVEL 1º (G-1).** A las conductas infractoras comprendidas en este grupo de supuestos les corresponde alguna de las sanciones previstas en la primera columna (G-1) de la tabla de sanciones por infracciones graves<sup>954</sup>, que se extienden desde la multa de 901 euros hasta la multa de 4.000 euros<sup>955</sup>.

a) Supuestos en los que un establecimiento turístico inscrito en el Registro de empresas y actividades turísticas como bar o café-bar con cocina<sup>956</sup> ejerce la actividad propia de cafetería o restaurante.<sup>957</sup>

**Tipo infractor:** “La realización de actividades y prestación de servicios turísticos sin haber presentado la correspondiente declaración responsable u obtenido la preceptiva autorización turística, en su caso.”<sup>958</sup>

<sup>953</sup> Las infracciones graves están tipificadas en el artículo 110 de la Ley 7/2011.

<sup>954</sup> Vid. *infra* tabla de sanciones núm. 18, columna G-1.

<sup>955</sup> Sanciones previstas en el artículo 114, letra b), de la Ley 7/2011.

<sup>956</sup> El artículo 80 de la Ley 7/2011 define los establecimientos clasificados como bar y permite la instalación de una cocina “acorde con los servicios que prestase” (tapas, raciones y un menú).

<sup>957</sup> V. gr., una taberna o mesón inscrito como bar con cocina para elaborar pinchos, tapas o raciones, ofrece comidas al público, bien mediante platos combinados o de elaboración sencilla (plancha, ensaladas, etc.), bien mediante platos tradicionales, carta de comidas o con diversos menús. Incluyo estos supuestos en el nivel G-1 por dos motivos: primero, se trata de dos actividades que pertenecen a la misma tipología turística, la restauración; segundo, la ausencia de una clara delimitación de la actividad de bar en la ordenación turística gallega. Por esta última razón, considero que el principio de seguridad jurídica y el deber de facilitar los medios para el ejercicio de una competencia leal entre las empresas turísticas, demandan la elaboración de una norma reglamentaria en materia de restauración que incluya los bares y delimite con claridad tanto la estructura de los establecimientos como su actividad. No obstante, un beneficio ilícito obtenido significativo, por parte de la persona titular del bar o café-bar, podría justificar la apreciación de la correspondiente circunstancia agravante.

b) Supuestos en los que una cafetería desarrolle la actividad de restaurante en sus instalaciones o viceversa sin la inscripción conjunta de ambas actividades prevista por la ordenación turística gallega.<sup>959</sup>

**Tipo infractor:** “La realización de actividades y prestación de servicios turísticos sin haber presentado la correspondiente declaración responsable u obtenido la preceptiva autorización turística, en su caso.”<sup>960</sup>

c) Supuestos en los que la persona que suscribe una declaración responsable incurre en inexactitud u omisión de cualquier dato, manifestación o documento que tenga carácter esencial<sup>961</sup> y se incluya en su declaración o en la documentación complementaria.<sup>962</sup>

---

<sup>958</sup> Artículo 110.1 de la Ley 7/2011.

<sup>959</sup> El artículo 110.1 del Decreto 108/2006, de 15 de junio dispone la posibilidad de inscribir en el REAT el ejercicio conjunto, en un mismo local, de las dos actividades (restaurante y cafetería), “siempre que se desarrollen en espacios físicos perfectamente diferenciados, con entradas, servicios higiénicos y demás instalaciones de uso exclusivo para cada establecimiento.”

<sup>960</sup> Artículo 110.1 de la Ley 7/2011.

<sup>961</sup> El carácter esencial o no de los datos, manifestaciones o documentos opera como *conditio sine qua non* para la imposición del cese de la actividad o cierre del establecimiento como medida de reposición a la legalidad contemplada en el artículo 44.2 de la Ley 7/2011: La comprobación por los órganos competentes en materia de turismo de la inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, de los datos declarados, así como la no presentación de la declaración responsable, la indisponibilidad de la documentación preceptiva o el incumplimiento de los requisitos que resulten de aplicación, determinarán la imposibilidad de continuar con el ejercicio de la actividad desde el momento en que se tuviera constancia de tales hechos, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 106 de la presente ley, y sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar.” Para la efectividad de dicha medida, el artículo 44.3 de la Ley 7/2011, impone, además, la siguiente obligación: “Dicha actuación conllevará, en su caso y previa audiencia de la persona interesada, la resolución motivada de la baja del establecimiento turístico, así como la cancelación de la inscripción del mismo en el Registro de empresas y actividades turísticas de la Comunidad Autónoma de Galicia. Asimismo, la resolución que declare tales circunstancias podrá

**Tipo infractor:** “La inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial<sup>963</sup>, en cualquier dato, manifestación o documentos que se comuniquen o incorporen los promotores de actividades y servicios turísticos en sus declaraciones responsables.”<sup>964</sup>

---

determinar la obligación del mismo de restituir la situación jurídica al momento previo al ejercicio de la actividad correspondiente, debiendo determinar, expresamente, la imposibilidad de presentar una nueva declaración responsable con el mismo objeto durante el plazo mínimo de dos meses.” Sobre este precepto y sus consecuencias jurídicas planteo la siguiente cuestión: si bien la obligación de restituir la situación jurídica al momento previo al desarrollo de la actividad carece de naturaleza sancionadora, ya que se trata de una medida de policía administrativa, ¿qué sucede con la prohibición de presentar una nueva declaración responsable en el plazo mínimo de dos meses?, ¿es una simple medida de policía o se trata de una sanción administrativa en materia turística? Del cotejo de la medida a las notas del concepto estricto de sanción expuesto en el capítulo tercero de este trabajo, apartado III-3, deduzco su naturaleza sancionadora; primero, la medida tiene un contenido aflictivo y no restitutivo, es decir, se trata de un castigo en forma de prohibición de un derecho cuya finalidad principal es infligir un mal en el sujeto infractor; segundo, la prohibición impuesta por el legislador es una reacción administrativa por la comisión de una infracción administrativa grave, es decir, surge como consecuencia jurídica derivada de un ilícito. *Vid. infra* el apartado IV.2.3.2 en este mismo capítulo.

<sup>962</sup> Este supuesto comprende aquellas *inexactitudes u omisiones de datos esenciales* incluidos en las declaraciones responsables pero no aquellas falsedades en las que pudieran incurrir los interesados en dicha documentación (*vid. supra* las conductas del nivel G-3).

<sup>963</sup> ¿Qué inexactitud u omisión se considera esencial? Si aplicamos el artículo 44.4, a los efectos de la Ley 7/2011, “se considera de carácter esencial aquella inexactitud, falsedad u omisión en cualquier dato, manifestación o documento incorporado a la declaración responsable que afectase a la clasificación en cuanto al grupo, categoría y modalidad, así como a las garantías, seguros y documentación complementaria que, en su caso, fueran exigibles por las normas reglamentarias.”

<sup>964</sup> Artículo 110.2 de la Ley 7/2011. El tipo infractor delimita esta conducta mediante dos notas: primero, por el carácter esencial de los datos o documentos objeto de la infracción; segundo, porque la reduce al ámbito material de la declaración responsable y a sus documentos anejos. Entonces, ¿qué ocurrirá en los supuestos de inexactitud u omisión de datos que tengan un carácter sustancial pero que se refieran a una comunicación previa? Valga como ejemplo la comunicación previa presentada para la apertura de un café-bar. Considero que esta conducta podría ser sancionada como infracción administrativa de carácter leve, es decir, aplicando el tipo infractor previsto por la LTG para datos y documentos de carácter no esencial referidos a declaraciones responsables y comunicaciones previas (*vid. nivel L-1*). De la misma forma, la falsificación de datos u documentos de las comunicaciones previas que tengan un carácter esencial no podrán sancionarse bajo este tipo infractor grave (exclusivo para las declaraciones responsables, *vid. nivel G-3*) sino mediante el tipo infractor leve previsto para los datos y documentos que no tengan un carácter esencial.



d) Supuestos en los que la empresa cese en la prestación de uno o más servicios que resultaron necesarios para la inscripción en el Registro de empresas y actividades turísticas de Galicia bajo una determinada clasificación, siempre y cuando no se lleven a cabo obras o reformas en el predio.<sup>965</sup>

---

<sup>965</sup> La empresa turística está inscrita correctamente en el Registro de empresas y actividades turísticas con una determinada categoría pero suprime algún o algunos de los servicios exigidos por la norma turística para el ejercicio de la actividad bajo esa concreta clasificación y cuyo cumplimiento fue comprobado en el procedimiento de inscripción en dicho registro. Por cierto, esta conducta no requiere la comisión de alguna deficiencia o perjuicio (leve o grave) hacia los usuarios de los servicios, no obstante, de concurrir dicha deficiencia y, en su caso, un perjuicio (leve o grave), podría operar bien como circunstancia agravante, dado que sólo habría una única conducta (cesación del servicio), o bien, la conducta podría encuadrarse en los tipos descritos en los artículos 109.3, perjuicio leve (L-3), o 110.10, perjuicio grave (G-3), de la Ley 7/2011. Ejemplos que encajen en esta conducta: un hotel clasificado con cuatro estrellas que suprime la climatización en las habitaciones durante el invierno; una pensión de tres estrellas que no enciende la calefacción en sus habitaciones; un hotel clasificado con tres estrellas que cierra la recepción por la noche y suprime el servicio de atención presencial las 24h; un hotel con servicio de comedor que deje de servir comidas y cenas a sus clientes, temporal o definitivamente; un campamento de turismo clasificado en la categoría superior que cierre el supermercado o bien suprime el servicio de guardería o de vigilancia las 24 horas; cualquier restaurante que apague la calefacción en sus instalaciones o cese el suministro de agua caliente en los lavabos de sus servicios higiénicos; etc. Distingo estos supuestos de las conductas tipificadas en el artículo 110.5 de la Ley 7/2011 (efectuar cambios o reformas sustanciales incumpliendo los términos de la LTG), por dos motivos: primero, en ellas la empresa cesa la prestación de un determinado servicio que es preceptivo para su clasificación turística sin haber realizado ninguna modificación o reforma sustancial en la finca o inmueble donde se encuentre ubicado el establecimiento, además, la realización de una modificación o reforma sustancial no tiene por qué implicar, necesariamente, el incumplimiento de un servicio obligatorio; segundo, al no existir ninguna obra, la infracción será de carácter *permanente*, es decir, su comisión y antijuridicidad permanecen en el tiempo en tanto no se vuelva a prestar dicho servicio, por lo que el plazo de prescripción no comenzará hasta que cese la conducta infractora, por el contrario, las modificaciones o reformas sustanciales que vayan acompañadas de obras podrían clasificarse como infracciones *de estado* y aunque persiste el ilícito (obra o reforma), la conducta finaliza con la ejecución de la obra o reforma y, por consiguiente, el plazo de prescripción comenzará desde su finalización. Por último, considero de menor gravedad las conductas incluidas en este supuesto, porque no requieren reforma u obra alguna, a diferencia de las modificaciones o reformas sustanciales que incumplan la LTG. Al ir acompañadas de algún tipo de reforma u obra éstas últimas demandan un mayor reproche sancionador (nivel G-2), por la mayor flagrancia de la conducta infractora. Valgan como ejemplos de cambios o modificaciones sustanciales: la reforma de un restaurante para ampliar su comedor y capacidad máxima; la transformación del salón social de un hotel en un nuevo comedor o de su vestíbulo recepción en un bar; la ampliación de la zona de acampada de un camping para crear una zona de acampada libre y aumentar su capacidad máxima; etc.

**Tipo infractor:** “Incumplir o alterar las circunstancias que motivaron el otorgamiento del título administrativo habilitante para el ejercicio de la correspondiente actividad.”<sup>966</sup>

e) Supuestos en los que la empresa cierre al público un determinado equipamiento o instalaciones que motivaron su inscripción en el Registro de empresas y actividades turísticas bajo una concreta clasificación, siempre y cuando no se lleven a cabo obras o reformas en el predio.<sup>967</sup>

**Tipo infractor:** “Incumplir o alterar las circunstancias que motivaron el otorgamiento del título administrativo habilitante para el ejercicio de la correspondiente actividad.”<sup>968</sup>

f) Supuestos en los que una empresa turística, inscrita en el Registro de empresas y actividades turísticas, altere la distribución original de sus plazas y no lo comunique a la Administración turística autonómica, siempre que no

---

<sup>966</sup> Artículo 110.3 de la Ley 7/2011.

<sup>967</sup> En este supuesto la empresa suprime una determinada instalación o equipamiento del establecimiento que motivó su clasificación en un determinado grupo, categoría o especialidad, sin que se aprecie una reforma o modificación sustancial. V. gr, la supresión del mínimo de tres habitaciones dobles en los establecimientos de turismo rural clasificados en el grupo B; el cierre al público de las instalaciones y servicios de talasoterapia en un *hotel talaso*; el incumplimiento del principio de explotación homogénea en un hotel inscrito en el Registro de empresas y actividades turísticas, cuyas entradas, escaleras y ascensores dejan de constituir un acceso exclusivo para sus huéspedes; etc.

<sup>968</sup> Artículo 110.3 de la Ley 7/2011.

implique una reforma de su estructura, ni suponga un aumento de su capacidad máxima.<sup>969</sup>

**Tipo infractor:** “Incumplir o alterar las circunstancias que motivaron el otorgamiento del título administrativo habilitante para el ejercicio de la correspondiente actividad.”<sup>970</sup>

g) Supuestos en los que una empresa inscrita en el Registro de empresas y actividades turísticas utilice denominaciones, rótulos o distintivos de inferior categoría a los que le correspondan por su clasificación turística.<sup>971</sup>

**Tipo infractor:** “Utilizar denominaciones, rótulos o distintivos diferentes a los que le corresponden según la normativa turística.”<sup>972</sup>

h) Supuestos en que la empresa de alojamiento turístico se encuentre inscrita correctamente en el Registro de empresas y actividades turísticas pero utilice camas supletorias<sup>973</sup> en las habitaciones, previa petición del cliente sin carácter

---

<sup>969</sup> V. gr., las plazas de un restaurante o cafetería se colocan en estancias diferentes a las del proyecto técnico que obra en el expediente.

<sup>970</sup> Artículo 110.3 de la Ley 7/2011.

<sup>971</sup> V. gr. un restaurante identifica sus servicios como bar o un hotel de cuatro estrellas anuncia en su distintivo una categoría inferior.

<sup>972</sup> Artículo 110.4 de la Ley 7/2011.

<sup>973</sup> Aunque la ordenación gallega contempla diferentes modalidades de alojamiento turístico, actualmente sólo prevé la utilización de camas supletorias en dos tipos de establecimientos: los hoteleros (hoteles, moteles, pensiones y albergues turísticos) y establecimientos de turismo rural (casas de turismo rural y apartamentos). En otras modalidades, como los hoteles-apartamentos,

permanente, o instale camas convertibles<sup>974</sup> en el salón y ambos tipos de plazas no figuren en el citado registro. En ambos casos, si bien la estancia donde se coloque la cama supletoria o convertible cumple los requisitos técnicos específicos de cada norma<sup>975</sup>, la empresa no ha comunicado o declarado su utilización o instalación en las oficinas provinciales de la Administración turística autonómica.

**Tipo infractor:** “Efectuar cambios o reformas sustanciales incumpliendo lo establecido en los términos previstos en esta ley.”<sup>976</sup>

---

los apartamentos y viviendas turísticas, las normas permiten la instalación de camas convertibles en los salones de cada apartamento o vivienda pero no la utilización de camas supletorias en las habitaciones. Justifico la clasificación de esta conducta en el nivel G-1 por el hecho de que las habitaciones (camas supletorias) o el salón (camas convertibles) donde se colocan estas plazas cumplen las condiciones técnicas previstas por la norma para su instalación, razón por la cual su antijuridicidad reviste un mero carácter formal (ausencia de comunicación o declaración a la agencia Turismo de Galicia), a diferencia de lo que ocurre con la conducta similar incluida en el nivel G-2 (*vid. infra* nota a pie de pág. núm. 1005).

<sup>974</sup> La ordenación turística actual prevé solamente la instalación de camas convertibles en las modalidades de apartamentos y viviendas turísticas. Su nota principal es que no se colocan en los dormitorios sino en los salones de cada apartamento o vivienda, pero a diferencia de las camas supletorias figuran como plazas alojativas en la capacidad turística máxima otorgada al establecimiento por la Administración turística autonómica.

<sup>975</sup> Superficie superior a un determinado porcentaje de la superficie mínima; libre circulación de los huéspedes, etc.

<sup>976</sup> Artículo 110.5 de la Ley 7/2011. Aunque el tenor literal de la Ley 7/2011 hace expresa referencia a su artículo 43, propongo una redacción del tipo infractor en la que se omita la cita del artículo correspondiente. Por otra parte, utilizo esta tipificación porque considero que la empresa de alojamiento turístico lleva a cabo un aumento de capacidad efectiva de las plazas de su establecimiento (al margen de que figuren o no en la capacidad turística máxima) y, por consiguiente, incurre en una modificación sustancial que debería comunicarse a la Administración turística autonómica, además, si considerásemos que la utilización de camas supletorias no supone un aumento de la capacidad del establecimiento, su simple falta de comunicación a la Administración turística debería ser calificada como una infracción leve y no grave, puesto que no se produce ningún cambio sustancial. Por esta razón soy partidario de que las plazas correspondientes a las camas supletorias, al igual que ocurre actualmente con las convertibles, formen parte de la capacidad turística máxima del establecimiento desde el mismo momento en que la Administración procede a la inscripción de estas plazas en el Registro de empresas y actividades turísticas. Piénsese, por ejemplo, que, en periodos de máxima

i) Supuestos en los que la empresa de alojamiento turístico oferte una habitación como doble (2 plazas) aunque esté inscrita en el Registro de empresas y actividades turísticas como habitación individual o sencilla (1 plaza).<sup>977</sup>

**Tipo infractor:** “Efectuar cambios o reformas sustanciales incumpliendo lo establecido en los términos previstos en esta ley.”<sup>978</sup>

j) Supuestos en los que una empresa de restauración, inscrita en el Registro de empresas y actividades turísticas, aumente su capacidad turística máxima<sup>979</sup>y

---

ocupación, la empresa podría aumentar significativamente su número de plazas con la consiguiente repercusión en los elementos comunes del establecimiento (salón, vestíbulo, etc.), en sus servicios complementarios (cocina, comedor, piscinas, gimnasio, etc.) y, especialmente, en la seguridad de los huéspedes ante una posible emergencia (número de extintores, recorridos de evacuación, etc.).

<sup>977</sup> Habitaciones como unidades de alojamiento o como partes integrantes de otras unidades de alojamiento más amplias (apartamentos). *V. gr.*, supuestos en que los que la empresa instala una cama doble dentro de una habitación individual y oferta la habitación con dos plazas. Suele tratarse de casos aislados, de ahí que encajen estos supuestos dentro del primer nivel previsto para las infracciones graves; no obstante, cuando se trate de un número considerable de habitaciones en el mismo establecimiento podríamos apreciar la concurrencia de beneficio ilícito obtenido como circunstancia agravante.

<sup>978</sup> Artículo 110.5 de la Ley 7/2011. Aunque el tenor literal de la Ley 7/2011 hace expresa referencia a su artículo 43, propongo una redacción del tipo infractor en la que se omita la cita del artículo correspondiente.

<sup>979</sup> La capacidad turística máxima de los restaurantes y cafeterías se otorga por la Administración turística de Galicia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24 del Decreto 108/2006, de 15 de junio, que establece lo siguiente: “Los/las titulares de los restaurantes y cafeterías están obligados a colocar en el interior del establecimiento y en lugar bien visible para el público la capacidad de personas permitida, que se corresponderá con lo señalado por el ayuntamiento en la correspondiente licencia municipal.” Así las cosas, parece que la ordenación turística autonómica otorga preferencia a la capacidad máxima indicada en el aforo municipal. Sin embargo, la redacción del artículo continúa y establece un límite a la capacidad turística máxima que registrará “en todo caso”: “En todo caso el número máximo de plazas a autorizar turísticamente será el resultado de dividir la superficie del comedor o espacio destinado a la atención de los clientes por 1,5 o 1, según se trate de restaurantes o cafeterías, siempre que queden libres las vías de evacuación y sin perjuicio de lo que establezca la normativa sectorial

no presente la preceptiva declaración responsable<sup>980</sup> por modificación o cambio sustancial<sup>981</sup>, siempre que no efectúe una ampliación de la estructura o instalaciones del inmueble.<sup>982</sup>

**Tipo infractor:** “Efectuar cambios o reformas sustanciales incumpliendo lo establecido en los términos previstos en esta ley.”<sup>983</sup>

k) Supuestos en los que la persona titular de un campamento de turismo permite a sus clientes la instalación de cierres, pavimentos, vertederos y

---

aplicable.” En consecuencia con el tenor literal de este precepto, cualquier aumento de la capacidad turística máxima del establecimiento sin la preceptiva declaración incurriría en un ilícito administrativo en materia de ordenación turística, pero, en aquellos supuestos en los que no hay una ampliación de las instalaciones ¿qué ocurre si la capacidad del restaurante o cafetería indicada en el aforo municipal es superior a la capacidad turística máxima? En estos casos, la Administración turística ¿podría sancionar a la empresa turística por la utilización de la capacidad máxima indicada en el aforo municipal? Resulta obvio que la resolución de esta discordancia pasa por efectuar una modificación de este decreto que aclare las relaciones entre la capacidad turística máxima y el aforo municipal.

<sup>980</sup> Recordemos que en aquellos supuestos en los que el titular del establecimiento o actividad no presenta la preceptiva declaración responsable, la Administración turística podrá imponerle, además de la correspondiente sanción administrativa, una medida de restitución de la legalidad y la prohibición de presentar una nueva declaración en el plazo de dos meses, de acuerdo con el artículo 44. *Vid. supra* nota a pie de pág. num. 961.

<sup>981</sup> *V. gr.*, cuando las plazas del comedor de un restaurante o de la zona de mesas de una cafetería superen la capacidad turística máxima inscrita en el Registro de empresas y actividades turísticas; o bien aquellos casos en que la persona responsable del establecimiento aumente plazas en espacios diferentes al comedor del restaurante o zona de mesas de la cafetería previstas en el proyecto técnico del establecimiento, sin que impliquen una modificación de su estructura original sino de su capacidad.

<sup>982</sup> Cuando el aumento de la capacidad máxima sea significativo, a pesar de que la empresa no haya llevado a cabo una ampliación de sus instalaciones, el órgano instructor podrá apreciar la concurrencia de un beneficio ilícito obtenido como circunstancia agravante de la responsabilidad administrativa.

<sup>983</sup> Artículo 110.5 de la Ley 7/2011. Aunque el tenor literal de la Ley 7/2011 hace expresa referencia a su artículo 43, propongo una redacción del tipo infractor en la que se omita la cita del artículo correspondiente.



cualquier otro de naturaleza análoga que no estén contemplados en la norma correspondiente.<sup>984</sup>

**Tipo infractor:** “Efectuar cambios o reformas sustanciales incumpliendo lo establecido en los términos previstos en esta ley.”<sup>985</sup>

l) Supuestos en los que la empresa efectúe una disminución de su capacidad turística máxima sin la preceptiva autorización de la Administración turística autonómica<sup>986</sup> o, en su caso, sin presentar la necesaria declaración responsable o comunicación previa.<sup>987</sup>

**Tipo infractor:** “Efectuar cambios o reformas sustanciales incumpliendo lo establecido en los términos previstos en esta ley”.<sup>988</sup>

---

<sup>984</sup> Prohibición recogida expresamente en el artículo 10.2 del Decreto 144/2013.

<sup>985</sup> Artículo 110.5 de la Ley 7/2011. Considero necesaria la tipificación expresa de esta conducta en la LTG, tal y como ocurrió con el alquiler o venta de parcelas y la permanencia de caravanas y elementos similares en la parcela durante un tiempo superior a la estancia de los clientes (*vid.* nivel G-2).

<sup>986</sup> A día de hoy, tan sólo las modificaciones sustanciales de los campamentos de turismo están sujetas a autorización administrativa previa de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 61 del Decreto 144/2013, de 5 de septiembre.

<sup>987</sup> Dado que se trata de una disminución de la capacidad entiendo que también en este supuesto podría concurrir la circunstancia de beneficio ilícito obtenido pero, esta vez, como atenuante de la responsabilidad administrativa.

<sup>988</sup> Artículo 110.5 de la Ley 7/2011. Aunque el tenor literal de la Ley 7/2011 hace expresa referencia a su artículo 43, propongo una redacción del tipo infractor en la que se omita la cita del artículo correspondiente.



LI) Supuestos en los que la empresa turística no expide factura o justificante de pago a sus clientes a pesar de que así lo exige la ordenación turística.<sup>989</sup>

**Tipo infractor:** “No expedir factura o justificante de pago por los servicios prestados en aquellos establecimientos en que reglamentariamente se exigiera y cuando, en todo caso, la usuaria o usuario turístico lo solicitase, así como la facturación de conceptos no incluidos en los servicios prestados.”<sup>990</sup>

m) Supuestos en los que la empresa turística no entregue un determinado documento a sus clientes y así lo exija la normativa turística.<sup>991</sup>

**Tipo infractor:** “No entregar a las usuarias o usuarios turísticos la documentación obligatoria en los supuestos exigidos por la normativa turística.”<sup>992</sup>

---

<sup>989</sup> Vid. el artículo 10 del Decreto 179/2011. Este supuesto no comprende aquellos casos en los que la empresa turística niega la expedición de una factura previa solicitud del clientes (*vid.* nivel G-2) .

<sup>990</sup> Artículo 110.11 de la Ley 7/2011.

<sup>991</sup> V. gr., una agencia de viajes *minorista* no entrega un ejemplar del contrato a los clientes que acaban de adquirir un viaje combinado.

<sup>992</sup> Artículo 110.19 de la Ley 7/2011. La literalidad del precepto “documentación obligatoria” de un contrato de viaje combinado demanda la inclusión de cualquier documento que, exigido por la ordenación turística, no se entregue a los clientes del establecimiento, excepto las hojas de reclamaciones que tienen su propio tipo infractor. Así las cosas, si la empresa turística no entrega el documento de admisión a sus huéspedes en cualquier modalidad de alojamiento será constitutivo de una infracción administrativa grave en materia turística. Recordemos que el artículo 3.1 del CC dispone que “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.”

n) Supuestos en los que la empresa de alojamiento turístico incumple el principio de unidad de explotación.<sup>993</sup>

**Tipo infractor:** “Incumplir el principio de unidad de explotación para los establecimientos de alojamiento turístico.”<sup>994</sup>

ñ) La comisión de una segunda infracción leve, de la misma naturaleza que la infracción que motivó la primera sanción, dentro del plazo de un año a contar desde la notificación de la firmeza en vía administrativa de la primera sanción.<sup>995</sup>

**Tipo infractor:** “Reincidir en la comisión de faltas leves.”<sup>996</sup>

---

<sup>993</sup> La vigente LTG recupera el principio de unidad de explotación y lo exige a todas las empresas clasificadas en la modalidad de alojamiento turístico. A estos efectos, la LTG entiende por principio de unidad de explotación “la exigencia de sometimiento a una única responsabilidad empresarial, que recaerá en el titular de la empresa turística de alojamiento, respecto a la prestación de todos los servicios que ofrezca en el establecimiento, sin menoscabo de la posibilidad de contratación de la prestación de servicios a otros prestadores o proveedores.” (Vid. el artículo 54 Ley 7/2011). Esto significa, por ejemplo, que la persona titular de un hotel con servicio de comedor podría contratar un servicio de catering para su prestación pero nunca ceder la titularidad ni responsabilidad de dicho servicio. En consecuencia, cualquier deficiencia que se produzca en relación con la prestación del servicio subcontratado será responsabilidad (administrativa) de la empresa titular del hotel y no de la empresa de catering.

<sup>994</sup> Artículo 110.20 de la Ley 7/2011.

<sup>995</sup> El artículo 112 de la Ley 7/2011 define la reincidencia como “...la comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así fuese declarado por resolución firme.” Esta definición es recogida por el legislador autonómico del artículo 131.3º, letra c), de la LRJPAC. Vid. *infra* el apartado IV.2.4, letra c), en este mismo capítulo.

<sup>996</sup> Artículo 110.23 de la Ley 7/2011.

**NIVEL 2º (G-2).** A las conductas infractoras comprendidas en este grupo de supuestos les corresponde alguna de las sanciones previstas en la segunda columna (G-2) de la tabla de sanciones por infracciones graves<sup>997</sup>, que se extienden desde la multa de 1.500 euros hasta la multa de 6.000 euros<sup>998</sup>.

a) Supuestos en los que cualquier persona física o jurídica inscrita en el Registro de empresas y actividades turísticas bajo una tipología de empresa turística (restauración, alojamiento, intermediación, etc.), realice en el mismo establecimiento o inmueble, además de la primera, una segunda actividad que corresponda a una tipología turística diferente y que requiera una inscripción independiente en dicho registro.<sup>999</sup>

---

<sup>997</sup> *Vid. infra* tabla de sanciones núm. 18, columna G-2.

<sup>998</sup> Sanciones previstas en el artículo 114, letra b), de la Ley 7/2011. Tal y como he previsto para la determinación de las infracciones leves (*vid. supra* notas a pie de pág. núm. 898 y 920), la concurrencia de diferentes circunstancias atenuantes que motivasen un desplazamiento de la sanción más allá de la última de la columna G-2 (multa de 1.500 euros), provocaría un traslado de la sanción hacia la última columna de la izquierda (G-1). De esta manera la infracción pasaría a ser castigada con una multa de 901 euros. Por medio de esta técnica el baremo concilia los dos principios rectores de todo procedimiento sancionador: el de legalidad, ya que, tal como prevé la LTG cualquier infracción leve podría ser sancionada con un simple apercibimiento, siempre que concurren las circunstancias atenuantes suficientes; y el de proporcionalidad, porque la intensidad de la sanción será adecuada a la gravedad de la conducta infractora.

<sup>999</sup> En algunos casos será la publicidad de la segunda actividad la que motive su preceptiva inscripción en el REAT, con independencia de la primera. Así ocurre en los supuestos en que una empresa inscrita en la tipología de alojamiento turístico (hotel, establecimiento de turismo rural, camping, etc.) anuncia en el exterior el rótulo de *restaurante* o *cafetería*. En estos casos, dado que la actividad de restauración se desarrolla en el mismo inmueble dedicado al alojamiento turístico, su inscripción en el REAT requerirá un acceso directo e independiente desde la vía pública y una diferenciación con los servicios de comedor destinado a los huéspedes de la empresa de alojamiento, cuyo servicio no debería verse afectado por el ejercicio de la segunda actividad. En otros casos, la ordenación turística no exige una entrada independiente para ambos establecimientos, tal y como ocurre, por ejemplo, en el caso de un bar que ofrezca alojamiento turístico por medio de habitaciones y que podría inscribirse en el REAT como una pensión de una estrella.

**Tipo infractor:** “La realización de actividades y prestación de servicios turísticos sin haber presentado la correspondiente declaración responsable u obtenido la preceptiva autorización turística, en su caso.”<sup>1000</sup>

b) Supuestos en los que la empresa turística incumple la obligación de mantener los requisitos formales exigidos por la ordenación turística autonómica para su inscripción en el Registro de empresas y actividades turísticas, a excepción de la póliza de responsabilidad civil.<sup>1001</sup>

**Tipo infractor:** “Incumplir o alterar las circunstancias que motivaron el otorgamiento del título administrativo habilitante para el ejercicio de la correspondiente actividad.”<sup>1002</sup>

c) Supuestos en los que la empresa de alojamiento turístico, inscrita en el Registro de empresas y actividades turísticas, utilice camas supletorias<sup>1003</sup> en las habitaciones, previa petición del cliente y de forma aislada, es decir, no

---

<sup>1000</sup> Artículo 110.1 de la Ley 7/2011.

<sup>1001</sup> Sobre la ausencia o caducidad de la póliza de responsabilidad civil *vid.* nivel G-3.

<sup>1002</sup> Artículo 110.3 de la Ley 7/2011.

<sup>1003</sup> Aunque la ordenación gallega contempla diferentes modalidades de alojamiento turístico, actualmente sólo prevé la utilización de camas supletorias en dos tipos de establecimientos: los hoteleros (hoteles, moteles, pensiones y albergues turísticos) y establecimientos de turismo rural (casas de turismo rural y apartamentos). En otras modalidades, como los hoteles-apartamentos, los apartamentos y viviendas turísticas, las normas permiten la instalación de camas convertibles en los salones de cada apartamento o vivienda pero no la utilización de camas supletorias en las habitaciones.

permanentemente, o instale camas convertibles<sup>1004</sup> en el salón y estas plazas no figuren en dicho registro. Además de no haber comunicado o declarado su utilización o instalación a la Administración turística autonómica, la estancia donde se coloquen las camas supletorias o convertibles no cumple los requisitos técnicos específicos de cada norma para su utilización o instalación<sup>1005</sup>.

**Tipo infractor:** “Efectuar cambios o reformas sustanciales incumpliendo lo establecido en los términos previstos en esta ley.”<sup>1006</sup>

d) Supuestos en los que la empresa de alojamiento turístico, inscrita en el Registro de empresas y actividades turísticas, supere su capacidad máxima mediante la instalación de camas (individuales o dobles), en las habitaciones del establecimiento de forma permanente.<sup>1007</sup>

---

<sup>1004</sup> La ordenación turística actual prevé solamente la instalación de camas convertibles en las modalidades de apartamentos y viviendas turísticas. Su nota principal es que no se colocan en los dormitorios sino en los salones de cada apartamento o vivienda, pero a diferencia de las camas supletorias figuran como en la capacidad turística máxima otorgada al establecimiento por la Administración turística autonómica.

<sup>1005</sup> Las camas supletorias o convertibles no podrán ser utilizadas o instaladas mediante declaración o comunicación previa a la Administración turística, razón por la cual su antijuridicidad es mayor que la conducta de similares características recogida en el nivel G-1.

<sup>1006</sup> Artículo 110.5 de la Ley 7/2011. Aunque el tenor literal de la Ley 7/2011 hace expresa referencia a su artículo 43, propongo una redacción del tipo infractor en la que se omita la cita del artículo correspondiente.

<sup>1007</sup> En estos casos la cama permanece instalada en la habitación de forma indefinida, sin que medie una previa petición del cliente, motivo por el que pierde su condición de supletoria y la conducta adolece de mayor antijuridicidad.

**Tipo infractor:** “Efectuar cambios o reformas sustanciales incumpliendo lo establecido en los términos previstos en esta ley.”<sup>1008</sup>

e) Supuestos en los que una empresa de alojamiento turístico oferte una habitación<sup>1009</sup> con más de dos plazas (triple, cuádruple, etc.) a pesar de que está inscrita en el Registro de empresas y actividades turísticas como individual o doble.<sup>1010</sup>

**Tipo infractor:** “Efectuar cambios o reformas sustanciales incumpliendo lo establecido en los términos previstos en esta ley.”<sup>1011</sup>

---

<sup>1008</sup> Artículo 110.5 de la Ley 7/2011. Aunque el tenor literal de la Ley 7/2011 hace expresa referencia a su artículo 43, propongo una redacción del tipo infractor en la que se omita la cita del artículo correspondiente. Por otra parte, utilizo esta tipificación porque considero que la empresa de alojamiento turístico lleva a cabo un aumento efectivo de las plazas de su establecimiento (al margen de que figuren o no en la capacidad turística máxima) y, por consiguiente, incurre en una modificación sustancial que debería comunicarse a la Administración turística autonómica, además, si considerásemos que la utilización de camas supletorias no supone un aumento de la capacidad del establecimiento, su no comunicación a la Administración turística debería ser calificada como una infracción leve y no grave, puesto que no se produce ningún cambio sustancial. Por esta razón, soy partidario de que las plazas correspondientes a las camas supletorias, al igual que ocurre actualmente con las convertibles, formen parte de la capacidad turística máxima del establecimiento desde el mismo momento en que la Administración las inscriba en el Registro de empresas y actividades turísticas. Piénsese, por ejemplo, que, en periodos de máxima ocupación, la empresa podría aumentar significativamente su número de plazas con la consiguiente repercusión en los elementos comunes del establecimiento (salón, vestíbulo, etc.), en sus servicios complementarios (cocina, comedor, piscinas, gimnasio, etc.) y, especialmente, en la seguridad de los huéspedes ante una posible emergencia (número de extintores, recorridos de evacuación, etc.).

<sup>1009</sup> Habitaciones como unidades de alojamiento o como partes integrantes de otras unidades de alojamiento más amplias (apartamentos).

<sup>1010</sup> Si la habitación se usa como doble y está clasificada como sencilla o individual estaremos ante una conducta comprendida en el supuesto c) del nivel G-1.

<sup>1011</sup> Artículo 110.5 de la Ley 7/2011. Aunque el tenor literal de la Ley 7/2011 hace expresa referencia a su artículo 43, propongo una redacción del tipo infractor en la que se omita la cita del artículo correspondiente.

f) Supuestos en los que una empresa de alojamiento turístico, inscrita en el Registro de empresas y actividades turísticas, oferte al público habitaciones o unidades alojativas que no se encuentren comprendidas en su clasificación.<sup>1012</sup>

**Tipo infractor:** “Efectuar cambios o reformas sustanciales incumpliendo lo establecido en los términos previstos en esta ley.”<sup>1013</sup>

g) Supuestos en los que un campamento de turismo, inscrito en el Registro de empresas y actividades turísticas, aumente su capacidad máxima sin la preceptiva autorización administrativa para esta modificación y sin efectuar una ampliación de su superficie original.<sup>1014</sup>

**Tipo infractor:** “Efectuar cambios o reformas sustanciales incumpliendo lo establecido en los términos previstos en esta ley.”<sup>1015</sup>

---

<sup>1012</sup> Se trata de unidades alojativas *clandestinas* que, si bien se encuentran en el mismo inmueble del establecimiento, no forman parte de su capacidad máxima oficial.

<sup>1013</sup> Artículo 110.5 de la Ley 7/2011. Aunque el tenor literal de la Ley 7/2011 hace expresa referencia a su artículo 43, propongo una redacción del tipo infractor en la que se omita la cita del artículo correspondiente.

<sup>1014</sup> V. *gr.*, el *cámping* aumenta sus parcelas o zona sin parcelar sin efectuar una modificación del perímetro autorizado o instala cabañas, *bungalows* o *mobil-home* en parcelas. La autorización administrativa previa para los aumentos de capacidad en los campamentos de turismo (modificaciones sustanciales), se regula en el artículo 61 del Decreto 144/2013, de 5 de diciembre.

<sup>1015</sup> Artículo 110.5 de la Ley 7/2011. Aunque el tenor literal de la Ley 7/2011 hace expresa referencia a su artículo 43, propongo una redacción del tipo infractor en la que se omita la cita del artículo correspondiente.



h) Supuestos en los que una empresa de alojamiento turístico, inscrita en el Registro de empresas y actividades turísticas, efectúe una modificación sustancial no incluida en otros supuestos de este baremo y no presente la preceptiva solicitud de autorización<sup>1016</sup> o declaración responsable<sup>1017</sup> por modificación o cambio sustancial.<sup>1018</sup>

**Tipo infractor:** “Efectuar cambios o reformas sustanciales incumpliendo lo establecido en los términos previstos en esta ley”.<sup>1019</sup>

i) Supuestos en los que una empresa de restauración, inscrita en el Registro de empresas y actividades turísticas mediante declaración responsable<sup>1020</sup>, realice una ampliación de sus instalaciones o cualquier otra modificación sustancial no

---

<sup>1016</sup> Vid. el artículo 61 del Decreto 144/2013, de 5 de septiembre, por el que se establece la ordenación de los campamentos de turismo en Galicia.

<sup>1017</sup> Vid. *supra* nota a pie de pág. núm. 878.

<sup>1018</sup> Integran este apartado las modificaciones sustanciales efectuadas sobre el inmueble y no incluidas en otros supuestos, con independencia de que conlleven o no un aumento de la capacidad máxima del establecimiento. V. gr., la modificación del perímetro del camping, con o sin aumento de la capacidad turística máxima, o la ampliación de un hotel a otros inmuebles con el consiguiente aumento de su capacidad.

<sup>1019</sup> Artículo 110.5 de la Ley 7/2011. Aunque el tenor literal de la Ley 7/2011 hace expresa referencia a su artículo 43, propongo una redacción del tipo infractor en la que se omita la cita del artículo correspondiente.

<sup>1020</sup> El artículo 41 de la Ley 7/2011 dispone la presentación de la declaración responsable como régimen general para el inicio de las actividades turísticas y la apertura al público de los establecimientos. No obstante, su apartado 3º excluye expresamente a los bares regulados en el artículo 80 y que tan solo habrán de presentar una comunicación previa ante la Administración turística gallega para su inscripción en el Registro de empresas y actividades turísticas de Galicia. Una consecuencia de esta exclusión es que los bares, a diferencia de los restaurantes y cafeterías, quedan fuera de este supuesto porque su apertura e inscripción se efectúa con una simple comunicación previa y no mediante la presentación de una declaración responsable.

incluida en otros supuestos y no presente la preceptiva declaración responsable.<sup>1021</sup>

**Tipo infractor:** “Efectuar cambios o reformas sustanciales incumpliendo lo establecido en los términos previstos en esta ley.”<sup>1022</sup>

j) Supuestos en los que una empresa turística no incluida en los supuestos anteriores y cuya inscripción en el Registro de empresas y actividades turísticas sea obligatoria<sup>1023</sup>, efectúe cambios o modificaciones sustanciales sobre su clasificación turística y no presente la preceptiva declaración.<sup>1024</sup>

**Tipo infractor:** “Efectuar cambios o reformas sustanciales incumpliendo lo establecido en los términos previstos en esta ley.”<sup>1025</sup>

---

<sup>1021</sup> V. gr., la ampliación del comedor de un restaurante, con o sin reformas del inmueble. Vid. *supra* nota a pie de pág. núm. 878.

<sup>1022</sup> Artículo 110.5 de la Ley 7/2011. Aunque el tenor literal de la Ley 7/2011 hace expresa referencia a su artículo 43, propongo una redacción del tipo infractor en la que se omita la cita del artículo correspondiente.

<sup>1023</sup> De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 50.2 y 51.1 de la Ley 7/2011, la inscripción en este registro será preceptiva para: a) las empresas y establecimientos de alojamiento turístico; b) las empresas y establecimientos de restauración turística; c) las empresas y establecimientos de intermediación turística; y d) las guías y los guías de turismo.

<sup>1024</sup> V. gr., una agencia de viajes inscrita en el grupo de las agencias *minoristas* que pasa a ejercer como *minorista-mayorista* o como *mayorista* sin presentar una declaración responsable ante la agencia.

<sup>1025</sup> Artículo 110.5 de la Ley 7/2011. Aunque el tenor literal de la Ley 7/2011 hace expresa referencia a su artículo 43, propongo una redacción del tipo infractor en la que se omita la cita del artículo correspondiente.

k) Supuestos en los que una empresa clasificada como alojamiento turístico incumple la normativa vigente en materia de precios y su conducta esté tipificada como infracción grave.<sup>1026</sup>

**Tipo infractor:** “Percibir precios diferentes a los exhibidos o notificados a la usuaria o usuario turístico o percibir precios por servicios que, en virtud de la normativa turística, no fuesen susceptibles de cobro.”<sup>1027</sup>

l) Supuestos en los que una empresa turística de restauración incumple la normativa vigente en materia de precios y su conducta esté tipificada como infracción grave.<sup>1028</sup>

**Tipo infractor:** “Percibir precios diferentes a los exhibidos o notificados a la usuaria o usuario turístico o percibir precios por servicios que, en virtud de la normativa turística, no fuesen susceptibles de cobro.”<sup>1029</sup>

---

<sup>1026</sup> V. gr., la empresa titular del establecimiento cobra precios superiores a los expuestos al público, o bien es titular de un restaurante y cobra precios por los conceptos de *servicio* o *cubierto*. Sobre todos estos casos podría resultar de aplicación la circunstancia mixta o *ambivalente* de beneficio ilícito obtenido, bien como atenuante, bien como agravante.

<sup>1027</sup> Artículo 110.12 de la Ley 7/2011.

<sup>1028</sup> V. gr., la empresa cobra precios superiores a los expuestos al público, o bien, es titular de un restaurante y cobra precios por los conceptos de *servicio* o *cubierto*. De la misma forma que en el supuesto anterior podría resultar de aplicación la circunstancia mixta o *ambivalente* de beneficio ilícito obtenido, bien como atenuante, bien como agravante.

<sup>1029</sup> Artículo 110.12 de la Ley 7/2011. Recordemos que, con anterioridad a la supresión de la preceptiva comunicación y sellado de precios por las empresas turísticas de alojamiento y restauración, ante la Administración turística autonómica, operada por la Ley 1/2010, de 11 de febrero, de modificación de diversas leyes de Galicia para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (*vid. supra* nota a pie de pág. núm. 878), podíamos distinguir tres tipos de precios en el ámbito turístico: el *precio sellado*, comunicado por la empresa a la

ll) Supuestos en los que la empresa turística incluye en la factura conceptos que no han sido efectivamente prestados a sus clientes.

**Tipo infractor:** “No expedir factura o justificante de pago por los servicios prestados en aquellos establecimientos en que reglamentariamente se exigiera y cuando, en todo caso, la usuaria o usuario turístico lo solicitase, así como la facturación de conceptos no incluidos en los servicios prestados.”<sup>1030</sup>

m) Supuestos en los que la empresa turística no expide factura a un cliente que la ha solicitado de forma expresa.<sup>1031</sup>

**Tipo infractor:** “No expedir factura o justificante de pago por los servicios prestados en aquellos establecimientos en que reglamentariamente se exigiera y cuando, en todo caso, la usuaria o usuario turístico lo solicitase, así como la facturación de conceptos no incluidos en los servicios prestados.”<sup>1032</sup>

---

Administración turística y que, una vez sellado, debía permanecer expuesto al público; el *precio notificado* al cliente, es decir, el precio que se le ha comunicado a los usuarios turísticos con anterioridad al cobro, bien de forma explícita (una oferta concreta al cliente o la entrega de una carta de comidas o bebidas en un restaurante, por ejemplo), bien de forma implícita (la lista de precios expuesta al público); y el *precio real* o aquel que se le cobra al cliente en concepto de servicios prestados. Estos tres precios podrían coincidir o diferir en su cuantía en función del grado de cumplimiento de la normativa turística, así, su coincidencia implicaría un cumplimiento íntegro de la ordenación. La vigente LTG mantiene esta supresión y, por consiguiente, otorga mayor simplicidad al régimen de precios, ya que la tipología se reduce a dos: *precio notificado* y *precio real*.

<sup>1030</sup> Artículo 110.11 de la Ley 7/2011.

<sup>1031</sup> *Vid.* el artículo 10 del Decreto 179/2011. En estos supuestos la mera solicitud del cliente motiva la obligación de expedir factura por la empresa turística, razón por la que no comprenden aquellos casos en los que no media petición del cliente sino que el deber de facturación viene impuesto por la ordenación turística (*vid.* nivel G-1).

<sup>1032</sup> Artículo 110.11 de la Ley 7/2011.

n) Supuestos en los que una empresa turística incurre en *sobrecontratación*.<sup>1033</sup>

**Tipo infractor:** “Reservar plazas en número superior al de las disponibles.”<sup>1034</sup>

---

<sup>1033</sup> Todos aquellos casos en que una empresa turística reserve un número de plazas superior a las disponibles en el establecimiento para una determinada fecha. V. gr., un hotel reserva más plazas de las disponibles para el puente de la constitución y, llegada la fecha de entrada, carece de habitaciones suficientes para atender a todos sus huéspedes. De acuerdo con la vigente redacción de la LTG, la *sobrecontratación* puede aplicarse a otras modalidades turísticas diferentes a la de alojamiento, como los restaurantes, cuando formalicen reservas en número superior a la capacidad máxima de su comedor, o a las agencias de viaje, si efectúan un número de reservas en plazas hoteleras superiores al número de habitaciones previsto en el correspondiente contrato de cupo.

<sup>1034</sup> Artículo 110.14 de la Ley 7/2011. La conducta descrita constituye una infracción administrativa en materia turística por sí misma con independencia de los efectos que generen a los clientes afectados que podrán, en su caso, ser apreciados como circunstancias agravantes o atenuantes de la responsabilidad administrativa. La LTG prohíbe la *sobrecontratación* a todas las empresas turísticas, con independencia de su modalidad o clasificación. Así el artículo 35, letra ñ), de la Ley 7/2011 impone como deber “no aceptar la contratación de servicios que no puedan atender en las condiciones pactadas.” Además, de acuerdo con la ley, las empresas que incurran en *sobrecontratación* estarán obligadas a proporcionar dichos servicios en condiciones iguales o superiores a las pactadas con los clientes afectados y a sufragar los gastos suplementarios que les genere el ilícito o a devolver la diferencia en caso de que los gastos del servicio sustitutorio fuesen menores que los contratados inicialmente. A título de ejemplo, si la empresa ejerce su actividad en la modalidad de alojamiento turístico e incurre en *sobrecontratación* deberá asumir las siguientes obligaciones: (1) Prestar alojamiento al huésped afectado en otro establecimiento de igual o superior categoría al establecimiento contratado y en la misma zona, si es posible. (2) Cuando no fuese posible prestar el servicio en la forma indicada en el punto anterior, la empresa tendrá que alojar al cliente en cualquier otro establecimiento y deberá indemnizarlo por los perjuicios causados. (3) En ambos casos (1 y 2) la empresa deberá sufragar al cliente afectado tanto los gastos de traslado hasta el establecimiento definitivo, como el sobreprecio del alojamiento, en su caso. Por último, quiero realizar una pequeña reflexión sobre estas obligaciones y sus efectos en el oportuno expediente sancionador, ya que las considero como un elemento inherente a la *sobrecontratación* y, en consecuencia, resultan imprescindibles para tipificar la conducta en este tipo infractor y distinguirla de otras conductas tipificadas en la LTG como infracciones administrativas de carácter grave (artículo 110.9, “efectuar cambios sustanciales o no cumplir en la prestación de los servicios respecto al lugar, tiempo, precio y demás condiciones acordadas en los contratos”; y artículo 110.10, “no prestar o prestar deficientemente los servicios debidos, siempre que causase un grave perjuicio a la usuaria o usuario turístico”). Así, de acuerdo con este planteamiento, la observancia de dichas obligaciones por la empresa responsable de la *sobrecontratación* no justificaría la apreciación de circunstancias atenuantes de su responsabilidad, salvo que la indemnización recibida por los usuarios afectados fuese notablemente mayor a la fijada por la LTG. Por otra parte, entiendo que un incumplimiento total de estas obligaciones no permitiría la apreciación de circunstancias agravantes sino la imposibilidad de tipificar la conducta de la empresa como *sobrecontratación* (esta conducta sería un medio necesario para incurrir en un posterior incumplimiento del servicio con o sin grave perjuicio para los clientes) y un incumplimiento parcial permitiría, en cada caso concreto,

ñ) Supuestos en los que una empresa inscrita en el Registro de empresas y actividades turísticas utilice denominaciones, rótulos o distintivos diferentes o de superior categoría a los que le correspondan por su clasificación turística.<sup>1035</sup>

**Tipo infractor:** “Utilizar denominaciones, rótulos o distintivos diferentes a los que le corresponden según la normativa turística.”<sup>1036</sup>

o) Supuestos en los que la empresa turística anuncie su establecimiento o instalaciones en una determinada categoría de accesibilidad<sup>1037</sup> y éstas no cumplen los requisitos establecidos por la norma correspondiente.<sup>1038</sup>

---

bien la apreciación de circunstancias agravantes a la *sobrecontratación*, bien la tipificación de la conducta como modificación sustancial respecto a las condiciones acordadas en el contrato de reserva.

<sup>1035</sup> V. gr. un hotel de dos estrellas exhibe el distintivo oficial correspondiente a tres estrellas; una pensión anuncia su establecimiento como *hostal* aunque no cumple los requisitos previstos en la LTG para utilizar esta denominación comercial; etc.

<sup>1036</sup> Artículo 110.4 de la Ley 7/2011.

<sup>1037</sup> La Ley 10/2014, de 3 de diciembre, de accesibilidad (DOG núm. 241, de 17/12/2014 y BOE núm. 60, de 11 de marzo de 2015), vigente en el territorio gallego desde el 17 de marzo de 2015, deroga la Ley 8/1997, de 20 de agosto, de accesibilidad y supresión de barreras en la Comunidad Autónoma de Galicia (salvo las dos disposiciones que crean, respectivamente, la Comisión Técnica de la Accesibilidad y el Consejo Gallego para la Promoción de la Accesibilidad y la Supresión de Barreras) y sustituye los tres niveles de accesibilidad de la ley anterior (*accesible, adaptado y convertible*), por un único grado de accesibilidad universal denominado *accesible* y cuyo artículo 3 define como la “condición de un entorno, producto o servicio que se ajusta a los requerimientos funcionales, dimensionales, de iluminación y de comunicación que garanticen su utilización autónoma, segura y con comodidad para todas las personas”. Sin embargo, el legislador autonómico otorgó un plazo de dos años al ejecutivo para aprobar el desarrollo reglamentario de esta ley, por lo que mientras tanto seguirá en vigor el actual Reglamento de desarrollo y ejecución de la Ley de accesibilidad y supresión de barreras en la Comunidad Autónoma de Galicia, aprobado por el Decreto 35/2000, de 28 de enero, (DOG núm. 41, de 29/02/2000), que en su artículo 4 establece los siguientes niveles de accesibilidad: (a) “se entiende por espacio, instalación o servicio *adaptado* aquel que se ajusta a las exigencias funcionales y de dimensiones que garantizan su utilización autónoma y cómoda por personas con movilidad reducida o poseedoras de cualquier otro tipo de limitación”; (b) “se



**Tipo infractor:** “Informar o hacer publicidad de los bienes o servicios de forma que indujera a error o confusión a la usuaria o usuario turístico.”<sup>1039</sup>

---

entiende por espacio, instalación o servicio *practicable* aquel que sin ajustarse estrictamente a todos los requerimientos antes señalados, es posible su utilización de forma autónoma por personas con movilidad reducida o poseedoras de cualquier otro tipo de limitación”;c) “se entiende por espacio, instalación o servicio *convertible* aquel que sin ajustarse a todos los requerimientos antes señalados, es posible su transformación como mínimo en practicable, mediante la realización de modificaciones de escasa entidad y bajo coste que no afecten a su configuración esencial”. Asimismo, sigue en vigor el código de accesibilidad aprobado mediante este decreto que, tal y como se desprende de la disposición transitoria cuarta de la Ley 10/2014: “Las normas sobre accesibilidad vigentes en el momento de la entrada en vigor de la presente ley mantendrán su vigencia hasta la entrada en vigor del desarrollo normativo contemplado en ella, siempre que no se opongan a lo establecido en la misma ni en la normativa básica estatal en la materia.”

<sup>1038</sup> V. gr., una empresa anuncia sus apartamentos turísticos como *adaptados* y no cumplen las condiciones o requisitos exigidos en la normativa de accesibilidad para la clasificación de los apartamentos en este nivel.

<sup>1039</sup> Artículo 110.15 de la Ley 7/2011. Ante las más que probables críticas, por la inclusión de esta conducta en el tipo infractor previsto por la LTG para sancionar la publicidad engañosa de las empresas turísticas, alego dos razones que considero suficientes para abrir un expediente sancionador bajo el abrigo de la actual norma cabecera de la ordenación turística gallega: primero, la Ley 10/2014, de 3 de diciembre, de accesibilidad no tipifica como infracción administrativa la publicidad falsa o engañosa sino el incumplimiento de las condiciones de accesibilidad exigidas para cada grupo de espacios, instalaciones o servicios (edificios de uso público, de titularidad privada, medios de transporte, etc.), por lo que considero que una hipotética sanción desde la ordenación turística gallega no vulneraría el principio *non bis in idem*; segundo, los bienes jurídicos protegidos en este supuesto no residen en las normas de la accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas sino en la propia LTG, que reconoce los siguientes derechos a todos los usuarios turísticos con independencia de que sufran una discapacidad (temporal o permanente) o no: (1) derecho a recibir una información “comprensible, veraz, objetiva y completa” sobre las características del producto o servicio que se le ofrecen antes de contratarlos (artículo 12.1 de la Ley 7/2011); (2) derecho a ser protegidos frente a una posible información o publicidad engañosa con arreglo a la normativa vigente y a recibir la prestación o servicio turístico en las condiciones acordadas o anunciadas, o bien a una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados (artículo 12.4); y (3) derecho a la calidad del servicio, “de acuerdo con el tipo de establecimiento y publicidad efectuada”. Por último, no olvidemos que el artículo 35 de esta ley exige a todos los empresarios y profesionales turísticos la obligación de “garantizar la accesibilidad y adaptación de las instalaciones de los establecimientos a las personas discapacitadas según lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.”



p) Supuestos en los que la empresa turística anuncie su establecimiento, instalaciones o servicios con una calidad que no se corresponde con la realidad de los servicios prestados<sup>1040</sup>.

**Tipo infractor:** “Informar o hacer publicidad de los bienes o servicios de forma que indujera a error o confusión a la usuaria o usuario turístico.”<sup>1041</sup>

q) Supuestos en los que la empresa efectúe cualquier publicidad engañosa no incluida en los apartados anteriores y que provoque error o confusión en los usuarios turísticos.<sup>1042</sup>

**Tipo infractor:** “Informar o hacer publicidad de los bienes o servicios de forma que indujera a error o confusión a la usuaria o usuario turístico.”<sup>1043</sup>

r) Supuestos en los que la empresa utiliza en su publicidad marcas o denominaciones de geodestinos turísticos<sup>1044</sup> en zonas geográficas no comprendidas en el área o espacio del geodestino turístico.<sup>1045</sup>

---

<sup>1040</sup> V. gr., un hotel de 1 estrella anuncia la instalación de climatización en sus habitaciones que sólo disponen de calefacción; una empresa de restauración anuncia que todos sus productos son frescos pero utiliza productos congelados; un guía de turismo oferta sus servicios en diferentes idiomas extranjeros y sólo presta el servicio en los idiomas oficiales de la comunidad; etc.

<sup>1041</sup> Artículo 110.15 de la Ley 7/2011.

<sup>1042</sup> V. gr., una agencia de viajes anuncia en su publicidad descuentos que no se aplican en el momento de la facturación o incluye en sus folletos publicitarios establecimientos turísticos con mayor categoría de la oficial.

<sup>1043</sup> Artículo 110.15 de la Ley 7/2011.

**Tipo infractor:** “Usar marcas o denominaciones de geodestinos turísticos que no correspondan o que incumplan las condiciones reglamentariamente establecidas.”<sup>1046</sup>

s) Supuestos en los que la empresa utiliza como denominación o distintivo comercial marcas o denominaciones de geodestinos turísticos.<sup>1047</sup>

---

<sup>1044</sup> El artículo 23 de la Ley 7/2011 define los geodestinos turísticos como aquellas “áreas o espacios geográficos limítrofes que comparten una homogeneidad territorial basada en sus recursos turísticos naturales, patrimoniales y culturales, con capacidad para generar flujos turísticos y que, junto a su población, conforman una identidad turística diferenciada y singular.” La consellería competente en materia de turismo podrá definir y crear geodestinos turísticos, a propuesta del órgano directivo de la agencia pública Turismo de Galicia y previa consulta con los ayuntamientos y entidades supramunicipales afectadas, en atención a las especiales características del territorio afectado por la denominación, las infraestructuras turísticas existentes y sus recursos turísticos, así como su potencial desarrollo en productos o segmentos turísticos altamente competitivos y cualesquiera otras circunstancias que se determinen reglamentariamente. Por último, el artículo 23.4 dispone expresamente que los geodestinos turísticos creados por la Administración autonómica podrán ser utilizados “tanto por entidades públicas como privadas, siempre dentro de la marca turística global «Galicia» y sin que puedan emplearse como nombre comercial, rótulo de establecimientos o vehículos y marcas de bienes y servicios.” Actualmente la página web de la agencia anuncia la existencia de catorce geodestinos turísticos: *Rías Altas, Costa da Morte, Terras de Santiago, Mariña Lucense, Lugo e Terra Cha, Ancares-Courel, Ribeira Sacra, O Ribeiro, Terras de Ourense e Allariz, Celanova-Limia, Verín-Viana, Manzaneda-Trevinca, Rías Baixas y Deza-Tabeirós*. No obstante, todavía no se ha aprobado una norma reglamentaria que regule la definición, creación y uso de los geodestinos turísticos por lo que considero que esta disposición carece de fuerza ejecutiva. Sobre la geografía de Galicia y los problemas que plantea su ordenación territorial vid. ALDREY VÁZQUEZ, J.A. y LOIS GONZÁLEZ, R.C., *Breve xeografía de Galicia*, A Nosa Terra, 2010, y “El problemático recorrido de la ordenación del territorio en Galicia”, *Cuadernos Geográficos*, EUG, vol. 47, 2010, pp. 583-610.

<sup>1045</sup> V. gr. un hotel situado en el municipio de Corcubión que utilice el geodestino de las *Rías Baixas* en su publicidad.

<sup>1046</sup> Artículo 110.8 de la Ley 7/2011.

<sup>1047</sup> Cualquier establecimiento inscrito en el Registro de empresas y actividades turísticas cuya denominación comercial sea *Rías Baixas, Costa da Morte o Ribeira Sacra*, por ejemplo.

**Tipo infractor:** “Usar marcas o denominaciones de geodestinos turísticos que no correspondan o que incumplan las condiciones reglamentariamente establecidas.”<sup>1048</sup>

t) Supuestos en los que la empresa modifique sustancialmente las condiciones acordadas con sus clientes para la prestación de los servicios contratados.<sup>1049</sup>

**Tipo infractor:** “Efectuar cambios sustanciales o no cumplir en la prestación de los servicios respecto al lugar, tiempo, precio y demás condiciones acordadas en los contratos.”<sup>1050</sup>

u) Supuestos en los que la empresa incumpla alguna o algunas de las condiciones acordadas con sus clientes para la prestación de los servicios contratados.<sup>1051</sup>

**Tipo infractor:** “Efectuar cambios sustanciales o no cumplir en la prestación de los servicios respecto al lugar, tiempo, precio y demás condiciones acordadas en los contratos.”<sup>1052</sup>

---

<sup>1048</sup> Artículo 110.8 de la Ley 7/2011.

<sup>1049</sup> V. gr., una excursión a la ciudad de Santiago de Compostela, con visita guiada a su catedral, objeto de un paquete turístico suscrito entre la agencia de viajes y un cliente se sustituye por la visita a una bodega adscrita a una denominación de origen gallega; la fecha de salida de un viaje combinado se modifica a última hora sin respetar las normas contenidas en el Real decreto legislativo 1/2007.

<sup>1050</sup> Artículo 110.9 de la Ley 7/2011.

<sup>1051</sup> V. gr., la excursión a la ciudad de Santiago de Compostela indicada en el supuesto anterior forma parte de un viaje combinado con destino Galicia, sin embargo, llegado el día previsto para la excursión ésta se cancela y no se sustituye por otro producto o servicio turístico.

v) Supuestos en que la empresa titular de un campamento de turismo alquile a sus clientes las parcelas o las *instalaciones estables*<sup>1053</sup> del camping.<sup>1054</sup>

**Tipo infractor:** “Vender o alquilar las parcelas e instalaciones estables en los campamentos de turismo.”<sup>1055</sup>

w) Supuestos en que la persona titular de un campamento de turismo o sus representantes consienten la permanencia de instalaciones o elementos en las parcelas por tiempo superior a la estancia concertada con sus clientes.<sup>1056</sup>

---

<sup>1052</sup> Artículo 110.9 de la Ley 7/2011.

<sup>1053</sup> La LTG define las *instalaciones estables* de los campamentos de turismo (artículo 66), destinadas al alojamiento temporal de los usuarios turísticos, como “las instalaciones de elementos fijos prefabricados de madera o similares tipo cabaña, *bungalow* u otros elementos transportables y/o desmontables, siempre que se trate de edificaciones independientes o pareadas, de planta baja.”

<sup>1054</sup> Supuestos de alquiler de parcelas vacías o con *instalaciones estables* (cabañas, *bungalows*, *mobil home*, etc.). En estos casos las ventajas son recíprocas para las dos partes: la usuaria o usuario turístico logra una segunda residencia *económica*, mediante el pago de una renta por el alquiler, que sustituye al pago de un precio por la estancia, y la persona titular del camping se garantiza unos ingresos fijos y elimina el riesgo empresarial inherente a la explotación turística de un establecimiento abierto al público. La principal consecuencia es que el campamento pierde su carácter turístico y su condición de establecimiento público para convertirse en un recinto residencial de uso privado que, con independencia de su ocupación real, carece de plazas libres para los visitantes de carácter temporal u ocasional (*turistas* en un sentido más estricto). En este sentido el artículo 9.2 del Decreto 144/2013 prohíbe expresamente que los campamentos de turismo constituyan la residencia habitual de sus clientes, “no respetar esta prohibición podrá dar lugar a la pérdida de la calificación del establecimiento como campamento de turismo”. No obstante, estas consecuencias se agudizan con la reforma operada por la actual LTG y sus disposiciones reglamentarias en materia de campamentos de turismo (Decreto 144/2013), ya que han suprimido el límite máximo del 50% previsto por la anterior ordenación turística para la instalación de estos elementos y que operaba tanto sobre la superficie total de la zona de acampada, como sobre la capacidad máxima del camping.

<sup>1055</sup> Artículo 110.18 de la Ley 7/2011.

<sup>1056</sup> V. gr., las cocinas, cierres, caravanas, etc., que han sido instalados durante la estancia de los campistas permanecen en la parcela más allá de la duración del alojamiento turístico. Dispone el artículo 10 del Decreto 144/2013 que, una vez terminado el período de la estancia, “las parcelas deben quedar desalojadas totalmente, salvo en lo que respecta a las instalaciones estables con

**Tipo infractor:** “Incumplir, por parte de los titulares de los campamentos de turismo, la obligación de no permitir la permanencia de elementos en las parcelas más tiempo de la estancia concertada.”<sup>1057</sup>

x) Supuestos en los que la empresa carece de las dependencias o instalaciones requeridas para esa modalidad, grupo o categoría de establecimiento por la ordenación turística para el personal de servicio.<sup>1058</sup>

**Tipo infractor:** “Carecer de dependencias o instalaciones exigidas por la normativa sectorial para las trabajadoras y trabajadores.”<sup>1059</sup>

---

las que cuente el establecimiento”. Esta conducta se ampara en el consentimiento, expreso o tácito, de la persona titular del camping, y, muy probablemente, subyace un alquiler (*vid.* supuesto precedente) o venta (*vid.* nivel G-3) de la parcela por parte de la empresa turística a la usuaria o usuario turístico que deposita su caravana, autocaravana u otras instalaciones (*vid.* nivel G-1) en la parcela de forma permanente. Sin embargo se trata de conductas infractoras y bienes jurídicos distintos. Así, el tipo infractor correspondiente al alquiler o venta de la parcela o instalación estable protege el carácter turístico y público del establecimiento; por su parte, el tipo correspondiente a la instalación permanente de elementos estables (caravanas, autocaravanas, etc.), protege el desarrollo de un turismo sostenible, es decir, respetuoso con el medio ambiente y el paisaje de la geografía gallega. De ahí que la sanción de ambas conductas no resulte incompatible entre sí y puedan concurrir en régimen de concurso de infracciones. Recordemos que el turismo es una disciplina transversal y la propia LTG aboga por un desarrollo turístico sostenible, es decir, “respetuoso con los recursos en que se asienta la imagen de Galicia: naturaleza, medio ambiente y paisaje” (exposición de motivos, apartado 1), propone entre sus fines, “el fomento de los criterios de sostenibilidad en todas las acciones de desarrollo turístico, para conseguir un modelo turístico respetuoso con el medio ambiente” (artículo 1.2, letra p) y fomenta, un turismo de costa comprometido con “la preservación de la calidad de las aguas y playas gallegas, así como del paisaje y el medio litoral” (artículo 94.2, letra b).

<sup>1057</sup> Artículo 110.21 de la Ley 7/2011.

<sup>1058</sup> *V. gr.*, un hotel carece de vestuarios para el personal de servicio o de dormitorios en el caso de que tengan que pernoctar en el establecimiento y así lo exija la normativa turística.

<sup>1059</sup> Artículo 110.6 de la Ley 7/2011. Una interpretación acorde con las reglas de la competencia material u objetiva y la prohibición del *non bis in idem* obliga a entender por “normativa sectorial” la reglamentación de las diferentes modalidades de establecimiento turísticos por parte de la Administración turística autonómica (decreto de establecimientos hoteleros, decreto de restaurantes y cafeterías, etc.).

y) Supuestos de obstrucción a la labor del personal de la inspección turística en el ejercicio de sus funciones.<sup>1060</sup>

**Tipo infractor:** “Obstruir a la inspección o negarse a facilitar la información requerida por las inspectoras o inspectores turísticos.”<sup>1061</sup>

z) Supuestos de coacciones y desconsideración hacia el personal de la inspección turística en el ejercicio de sus funciones.<sup>1062</sup>

---

<sup>1060</sup> Recordemos que la LTG impone a “las personas titulares de empresas y actividades turísticas, a quienes las representen legalmente y al personal empleado debidamente autorizado, o, en defecto de los mismos, a las personas que se encontrasen al frente de la actividad en el momento de una inspección”, la obligación de “facilitar a las inspectoras e inspectores de turismo el acceso a las dependencias e instalaciones, el examen de los documentos, libros y registros preceptivos relacionados con la actividad turística y la obtención de copias o reproducciones de esta documentación, así como la comprobación de cuantos datos fueran precisos para los fines de la inspección.” En consonancia con este precepto, incluyo en el presente supuesto cualquier conducta que obstruya la labor de inspección turística en el ejercicio de su función, como impedir su acceso al establecimiento abierto al público, expulsarlos del establecimiento sin causa justificada, negar la entrega de documentación relacionada con la actividad turística o la identificación de la persona titular de la empresa turística, entre otras conductas del personal del establecimiento, siempre que no supongan un mero retraso en el cumplimiento de las obligaciones de comunicación e información (*Vid.* nivel L-3).

<sup>1061</sup> Artículo 110.7 de la Ley 7/2011.

<sup>1062</sup> El Decreto 40/2001 de refundición de la normativa en materia de inspección de turismo y órganos competentes en el procedimiento sancionador (DOG núm. 36, de 20/02/2001), en su artículo 4.1 otorga a los funcionarios de la inspección turística, en el ejercicio de sus funciones inspectoras, la condición de agentes de la autoridad, “a los efectos de la responsabilidad de quien ofrezca resistencia o cometa atentado o desobediencia contra ellos, en acto de servicio o con motivo de él”. En este sentido, el artículo 3 del decreto define la obstrucción a la función inspectora como “toda conducta que impida o dificulte la entrada al local o establecimiento del inspector, dilate o entorpezca su función, así como las coacciones o la falta de la debida consideración a la inspección”. Sobre la actividad inspectora de las administraciones públicas *vid.* REBOLLO PUIG, M., “La actividad de inspección”, en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo*, Tomo III, Iustel, Madrid 2009, lección 13, pp. 53-85, y BERMEJO VERA, J., “La Administración inspectora”, en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI, Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, coordinado por SOSA WAGNER, F., tomo II, Valencia, 2000, pp. 1253-1270.

**Tipo infractor:** “Obstruir a la inspección o negarse a facilitar la información requerida por las inspectoras o inspectores turísticos.”<sup>1063</sup>



---

<sup>1063</sup> Artículo 110.7 de la Ley 7/2011.



**NIVEL 3º (G-3).** A las conductas infractoras comprendidas en este grupo de supuestos les corresponde alguna de las sanciones previstas en la tercera columna (G-3) de la tabla de sanciones por infracciones graves<sup>1064</sup> que se extienden desde la sanción de multa de 2.000 euros hasta la multa de 9.000 euros.<sup>1065</sup>

a) Supuestos en los que la empresa ejerce una actividad turística sin la autorización turística autonómica previa exigida por la LTG.<sup>1066</sup>

**Tipo infractor:** “La realización de actividades y prestación de servicios turísticos sin haber presentado la correspondiente declaración responsable u obtenido la preceptiva autorización turística, en su caso.”<sup>1067</sup>

---

<sup>1064</sup> Vid. *infra* tabla de sanciones núm. 18, columna G-3.

<sup>1065</sup> Sanciones previstas en el artículo 114, letra b), de la Ley 7/2011. De la misma forma que sucede en el nivel anterior (G-2) (*vid.* nota a pie de pág. núm. 998), la concurrencia de diferentes circunstancias atenuantes que motivasen el traslado de la sanción más allá del primer recuadro de la columna G-3 (multa de 2.000 euros), desplazaría la sanción lateralmente hacia el recuadro de su izquierda, correspondiente a la columna G-2 (multa de 1.500 euros) y, a continuación, hacia el siguiente recuadro de su izquierda, correspondiente a la columna G-1 (multa de 901 euros). Por medio de esta técnica el baremo concilia los dos principios rectores de todo procedimiento sancionador: el de legalidad, ya que, tal como prevé la LTG cualquier infracción leve podría ser sancionada con un simple apercibimiento, siempre que concurren las circunstancias atenuantes suficientes; y el de proporcionalidad, porque la intensidad de la sanción será adecuada a la gravedad de la conducta infractora.

<sup>1066</sup> La Ley 7/2011 tan solo somete a autorización administrativa previa la apertura y clasificación turística de los campamentos de turismo y sus modificaciones o reformas sustanciales (*vid.* artículo 145). Sobre las consecuencias jurídicas derivadas de esta conducta, entre las que se encuentran las previstas en el artículo 44, restitución de la legalidad y prohibición de presentar una nueva declaración responsable con el mismo objeto, *vid. supra* nota a pie de pág. núm. 961 e *infra* el apartado IV.2.3.2 en este mismo capítulo.

<sup>1067</sup> Artículo 110.1 de la Ley 7/2011.

b) Supuestos no previstos en apartados anteriores en los que la empresa ejerce una actividad turística reglamentada por la ordenación turística autonómica y no ha presentado ante la Administración la declaración responsable.<sup>1068</sup>

**Tipo infractor:** “La realización de actividades y prestación de servicios turísticos sin haber presentado la correspondiente declaración responsable u obtenido la preceptiva autorización turística, en su caso.”<sup>1069</sup>

c) Supuestos en los que la persona que suscribe la declaración responsable incurre en falsedades sobre datos esenciales<sup>1070</sup> de su declaración o de la documentación complementaria.<sup>1071</sup>

**Tipo infractor:** “La inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documentos que se comuniquen o incorporen

---

<sup>1068</sup> La Ley 7/2011 permite la apertura, previa presentación de la declaración responsable, a las empresas de alojamiento turístico que hayan sido objeto de reglamentación por la ordenación turística (excepto los campamentos de turismo, sometidos a autorización administrativa), a las empresas de restauración reglamentadas (restaurantes y cafeterías), a las empresas de intermediación turística reglamentadas (agencias de viajes) y a los guías de turismo.

<sup>1069</sup> Artículo 110.1 de la Ley 7/2011. Serán también de aplicación en este supuesto las medidas de policía administrativa ya citadas en otros supuestos (cierre del establecimiento y cese de la actividad turística). *Vid. infra* nota a pie de pág. núm. 1104.

<sup>1070</sup> *Vid. supra* notas a pie de pág. núm. 962 y 963.

<sup>1071</sup> Este supuesto incluye las falsedades sobre datos, de carácter esencial, de la declaración responsable, de su documentación aneja, así como de la documentación que la empresa pone a disposición de la Administración turística en su domicilio social, local o establecimiento. *Vid. supra* conductas del nivel L-1 y nota a pie de pág. 963.

los promotores de actividades y servicios turísticos en sus declaraciones responsables.”<sup>1072</sup>

d) Supuestos en que la persona titular de un campamento de turismo vende a sus clientes las parcelas o las *instalaciones estables*<sup>1073</sup> del *cámping*.<sup>1074</sup>

**Tipo infractor:** “Vender o alquilar las parcelas e instalaciones estables en los campamentos de turismo.”<sup>1075</sup>

e) Supuestos en los que la empresa turística presta un servicio deficiente a sus clientes y les provoca perjuicios de carácter grave.<sup>1076</sup>

---

<sup>1072</sup> Artículo 110.2 de la Ley 7/2011. Sobre los supuestos de falsificación de datos de carácter esencial en las comunicaciones previas *vid.* nota a pie de pág. núm. 879.

<sup>1073</sup> *Vid.* nota a pie de pág. núm. 1054.

<sup>1074</sup> Los efectos son los mismos que en el supuesto previsto para el alquiler de parcelas (*vid.* nivel G-2 y nota a pie de pág. núm. 1054), con el agravante de que la persona titular no solo cede la posesión de la parcela sino también su propiedad por lo que la reposición a la legalidad será más compleja.

<sup>1075</sup> Artículo 110.18 de la Ley 7/2011.

<sup>1076</sup> *V. gr.*, una pareja de novios compra un viaje combinado a Estados Unidos y México de 14 días de duración para celebrar su luna de miel en una agencia minorista y la documentación entregada por ésta contiene información defectuosa sobre la fecha de salida del avión o del crucero, como consecuencia la pareja pierde su viaje; una empresa de turismo deportivo o activo utiliza equipos o materiales defectuosos o deteriorados que provocan una lesión grave a los usuarios turísticos. Este supuesto sólo opera ante deficiencias que provoquen un perjuicio grave a los usuarios que reciben el servicio, razón por la que habrá que evaluar en cada caso concreto el carácter de los perjuicios derivados de la prestación (*Vid.* nivel L-3 y nota a pie de pág. núm. 936). Obsérvese, por ejemplo, que el simple hecho de no despertar a un huésped por el servicio de conserjería de un hotel, siempre que haya demandado este servicio expresamente), podría carecer de consecuencias (el huésped tiene la mañana libre para descansar), podría ocasionar molestias de carácter leve (el huésped llega tarde a un evento), o incluso ocasionar perjuicios de carácter grave (pérdida de un vuelo muy importante para el huésped). Un elemento bastante práctico para su delimitación consistirá en determinar los efectos de esta conducta sobre el patrimonio de la usuaria o usuario afectado.

**Tipo infractor:** “No prestar o prestar deficientemente los servicios debidos, siempre que causase un grave perjuicio a la usuaria o usuario turístico.”<sup>1077</sup>

f) Supuestos en los que la empresa turística no presta un servicio contratado y provoca perjuicios de carácter grave a su cliente.<sup>1078</sup>

**Tipo infractor:** “No prestar o prestar deficientemente los servicios debidos, siempre que causase un grave perjuicio a la usuaria o usuario turístico.”<sup>1079</sup>

g) Supuestos en los que el cliente sufre un trato incorrecto “manifiestamente ofensivo” por parte del personal de la empresa turística: insultos, ofensas, injurias, etc.<sup>1080</sup>

**Tipo infractor:** “Tratar incorrectamente a las usuarias y usuarios turísticos en los supuestos manifiestamente ofensivos.”<sup>1081</sup>

---

<sup>1077</sup> Artículo 110.10 de la Ley 7/2011.

<sup>1078</sup> Al igual que sucede en el apartado anterior resultará fundamental comprobar el carácter grave de las deficiencias ocasionadas al cliente por el incumplimiento de la prestación (*vid.* conductas del nivel L-3 y nota a pie de pág. núm. 936).

<sup>1079</sup> Artículo 110.10 de la Ley 7/2011.

<sup>1080</sup> Aquellos supuestos en los que el cliente sufre incorrecciones leves por parte del personal del establecimiento o actividad, como burlas o desconsideraciones a su persona, tienen encaje en la infracción administrativa de carácter leve prevista por la LTG (*vid.* nivel L-3).

<sup>1081</sup> Artículo 110.13 de la Ley 7/2011.

h) Supuestos en los que la empresa turística incumple la obligación de mantener vigente la póliza de responsabilidad civil exigida por la ordenación turística autonómica para ese establecimiento o actividad.<sup>1082</sup>

**Tipo infractor:** “Incumplir o alterar las circunstancias que motivaron el otorgamiento del título administrativo habilitante para el ejercicio de la correspondiente actividad.”<sup>1083</sup>

i) Supuestos en los que se le niegue la prestación de servicio o entrada al establecimiento de una usuaria o usuario turístico, o bien se le expulse del local de forma arbitraria y sin causa justificada.<sup>1084</sup>

**Tipo infractor:** “Prohibir el libre acceso y expulsar a la usuaria o usuario turístico de los establecimientos turísticos, cuando ello fuera injustificado con arreglo a lo establecido en la normativa general y sectorial que resulte de aplicación.”<sup>1085</sup>

---

<sup>1082</sup> Para los incumplimientos de requisitos formales que no se refieran a la póliza de responsabilidad civil *vid.* nivel G-2.

<sup>1083</sup> Artículo 110.3 de la Ley 7/2011.

<sup>1084</sup> En estos supuestos tanto la usuaria o usuario turístico al que se le impide la entrada, como el cliente que es expulsado, tienen derecho, previa solicitud, a la entrega de un ejemplar de las hojas de reclamaciones. Si el personal de la empresa turística deniega su entrega lleva a cabo una segunda conducta infractora que concurriría con la prohibición de entrada o la expulsión en régimen de concurso real de infracciones administrativas (*vid.* nivel L-3).

<sup>1085</sup> Artículo 110.16 de la Ley 7/2011.

j) Supuestos en los que una empresa turística contrate con empresas o establecimientos no autorizados, habilitados o inscritos en los registros destinados a las empresas turísticas cuando este requisito sea preceptivo para el ejercicio de su actividad.<sup>1086</sup>

**Tipo infractor:** “Contratar con empresas y establecimientos que no posean el preceptivo título administrativo habilitante turístico para el ejercicio de su actividad.”<sup>1087</sup>

k) Supuestos en que el personal de la empresa turística vulnera el derecho a la intimidad personal o familiar de sus clientes.<sup>1088</sup>

---

<sup>1086</sup> V. gr., una agencia de viajes minorista contrata viajes combinados de otra agencia mayorista que carece de la habilitación turística correspondiente, o bien contrata directamente los servicios turísticos (alojamiento, turismo activo, restauración) a empresas que carecen de dicha habilitación.

<sup>1087</sup> Artículo 110.17 de la Ley 7/2011.

<sup>1088</sup> La intimidad personal o familiar forma parte de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU, adoptada y proclamada mediante Resolución 217 A (III) por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948, en París, cuyo artículo 12 dispone lo siguiente: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.” Asimismo, tanto el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH), acordado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950, en Roma, como los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000, en Niza, reconocen como derechos fundamentales de la Unión Europea la protección de los datos de carácter personal y el respeto a la vida privada y familiar. La Constitución española de 1978 garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de todos los ciudadanos en su artículo 18.1, además le otorga la consideración de derecho fundamental por lo que goza de la máxima protección de entre las previstas en el artículo 53. En coherencia con los anteriores fundamentos jurídicos incluyo la vulneración del derecho a la intimidad por las empresas turísticas en el nivel G-3 del presente baremo.

**Tipo infractor:** “Vulnerar el derecho a la intimidad de las usuarias y usuarios turísticos.”<sup>1089</sup>



---

<sup>1089</sup>Artículo 110.22 de la Ley 7/2011. Esta conducta se tipificó como infracción administrativa en materia turística por primera vez en la Ley 14/2008, de 3 de diciembre, con carácter muy grave. La vigente LTG mantiene la tipificación de esta conducta aunque como infracción administrativa de carácter grave.



#### IV.2.2.3- Supuestos para los tipos infractores muy graves de la LTG<sup>1090</sup>

**NIVEL 1º (MG-1).** A las conductas infractoras comprendidas en este grupo de supuestos les corresponde alguna de las sanciones previstas en la primera columna (MG-1) de la tabla de sanciones por infracciones muy graves<sup>1091</sup>, las cuales que se extienden desde la sanción de multa de 9.001euros hasta la multa de 60.000euros<sup>1092</sup>.

a) La comisión de una segunda infracción grave, de la misma naturaleza que la infracción que motivó la primera sanción y dentro del plazo de un año, a contar desde la notificación de la firmeza en vía administrativa de la primera sanción<sup>1093</sup>.

**Tipo infractor:** “Reincidir en la comisión de faltas graves.”<sup>1094</sup>

---

<sup>1090</sup> Las infracciones muy graves están tipificadas en el artículo 111 de la Ley 7/2011.

<sup>1091</sup> *Vid. infra* tabla de sanciones núm. 19, columna MG-1.

<sup>1092</sup> Sanciones previstas en el artículo 114, letra c), de la Ley 7/2011.

<sup>1093</sup> *Vid.* el artículo 112 de la Ley 7/2011 y la nota a pie de pág. núm. 995.

<sup>1094</sup> Artículo 111.3 de la Ley 7/2011.

**NIVEL 2º (MG-2).** A las conductas infractoras comprendidas en este grupo de supuestos les corresponde alguna de las sanciones previstas en la segunda columna (MG-2) de la tabla de sanciones por infracciones muy graves<sup>1095</sup> y se extienden desde la sanción de multa de 10.000 euros hasta la multa de 70.000 euros<sup>1096</sup>.

a) Supuestos en los que la empresa turística utilice ayudas económicas otorgadas por la Administración turística autonómica para fines distintos de aquellos para los que fueron concedidas.<sup>1097</sup>

**Tipo infractor:** “Utilizar las ayudas económicas otorgadas por la consejería competente en materia de turismo para fines distintos de aquellos para los cuales fueron concedidas.”<sup>1098</sup>

---

<sup>1095</sup> Vid. *infra* tabla de sanciones núm. 19, columna MG-2.

<sup>1096</sup> Sanciones previstas en el artículo 114, letra b), de la Ley 7/2011. Tal y como he previsto para determinación de las infracciones leves y graves, la concurrencia de diferentes circunstancias atenuantes que motivasen un desplazamiento de la sanción más allá de la última de la columna MG-2 (multa de 10.000 euros), provocaría un traslado de la sanción hacia la última columna de la izquierda (MG-1). De esta manera la infracción pasaría a ser castigada con una multa de 9.001 euros. Por medio de esta técnica el baremo concilia los dos principios rectores de todo procedimiento sancionador: el de legalidad, ya que, tal como prevé la LTG cualquier infracción leve podría ser sancionada con un simple apercibimiento, siempre que concurren las circunstancias atenuantes suficientes; y el de proporcionalidad, porque la intensidad de la sanción será adecuada a la gravedad de la conducta infractora.

<sup>1097</sup> Este fraude en materia de ayudas públicas y subvenciones puede detectarse fácilmente gracias al control atribuido por la LTG a la Inspección turística y que debería ejercerse a través de la oportuna visita de inspección a la empresa turística y su actividad o establecimiento antes y después de la concesión de la ayuda.

<sup>1098</sup> Artículo 111.1 de la Ley 7/2011.

**NIVEL 3º (MG-3).** A las conductas infractoras comprendidas en este grupo de supuestos les corresponde alguna de las sanciones previstas en la tercera columna (MG-3) de la tabla de sanciones por infracciones graves<sup>1099</sup> que se extienden desde la sanción de multa de 12.000 euros hasta la multa de 90.000 euros.<sup>1100</sup>

a) Supuestos en los que la empresa ejerza actividades que vulneren derechos fundamentales o libertades públicas dentro de sus establecimientos o con ocasión de sus actividades turísticas.<sup>1101</sup>

**Tipo infractor:** “Ofrecer o prestar servicios turísticos que contengan como elemento de reclamo aspectos que vulneren los derechos fundamentales o las libertades públicas.”<sup>1102</sup>

---

<sup>1099</sup> Vid. *infra* tabla de sanciones núm. 19, columna MG-3.

<sup>1100</sup> Sanciones previstas en el artículo 114, letra c), de la Ley 7/2011. De la misma forma que sucede en el nivel anterior (MG-2) (*vid. supra* nota a pie de pág. núm. 1096), la concurrencia de diferentes circunstancias atenuantes que motivasen el traslado de la sanción más allá del primer recuadro de la columna MG-3 (multa de 12.000 euros), desplazaría la sanción lateralmente hacia el recuadro de su izquierda, correspondiente a la columna MG-2 (multa de 10.000 euros) y, a continuación, hacia el siguiente recuadro de su izquierda, correspondiente a la columna MG-1 (multa de 9.001 euros). Por medio de esta técnica el baremo concilia los dos principios rectores de todo procedimiento sancionador: el de legalidad, ya que, tal como prevé la LTG cualquier infracción leve podría ser sancionada con un simple apercibimiento, siempre que concurren las circunstancias atenuantes suficientes; y el de proporcionalidad, porque la intensidad de la sanción será adecuada a la gravedad de la conducta infractora.

<sup>1101</sup> V. gr., el ejercicio de la prostitución o de cualquier otra actividad que atente contra la dignidad de la persona y los derechos fundamentales reconocidos a todos los ciudadanos en el Título I, capítulo segundo, sección primera de la CE (artículos 15-29).

<sup>1102</sup> Artículo 111.2 de la Ley 7/2011. El fundamento jurídico de este tipo infractor reside en el artículo 37 de la LTG: “La configuración y divulgación de los productos turísticos o la prestación de otros servicios turísticos por parte de las empresas no podrán contener como elemento de reclamo la explotación sexual de las personas o cualquier otro aspecto que afecte a su dignidad, de acuerdo con lo previsto en el Código ético mundial para el turismo, cuidando

#### IV.2.3- Las sanciones de la Ley del turismo de Galicia<sup>1103</sup>

La LTG clasifica las sanciones en los siguientes grupos: (1) sanciones por infracciones leves; (2) sanciones por infracciones graves; (3) sanciones por infracciones muy graves; y (4) sanciones accesorias.<sup>1104</sup>

---

especialmente la utilización no sexista del lenguaje y/o de las imágenes en la publicidad de las acciones subvencionadas, especialmente en internet.” El Código ético mundial para el turismo fue aprobado mediante la Resolución A/RES/406(XII) de la Asamblea General de la Organización Mundial del Turismo (OMT), reunida en Santiago de Chile, el 1 de octubre de 1999. Aunque su contenido carece de fuerza vinculante para los Estados miembros de la OMT, sus 10 artículos conforman una relación de principios que informan la actuación de los poderes públicos y la actividad de las empresas turísticas con el objetivo de alcanzar un turismo mundial responsable y sostenible. Así, su artículo 2 está dedicado al turismo como “instrumento de desarrollo personal y colectivo” y, en su apartado 3º, dispone lo siguiente: “La explotación de seres humanos, en cualquiera de sus formas, especialmente la sexual, y en particular cuando afecta a los niños, vulnera los objetivos fundamentales del turismo y constituye una negación de su esencia. Por lo tanto, conforme al derecho internacional, debe combatirse sin reservas con la cooperación de todos los Estados interesados, y sancionarse con rigor en las legislaciones nacionales de los países visitados y de los países de los autores de esos actos, incluso cuando se hayan cometido en el extranjero.” Por su parte, el artículo 9 del Código está dedicado a los derechos de los trabajadores y empresarios del sector turístico y, en su apartado 1º, dispone que: “Bajo la supervisión de las administraciones de sus Estados de origen y de los países de destino, se garantizarán especialmente los derechos fundamentales de los trabajadores asalariados y autónomos del sector turístico y de las actividades conexas, habida cuenta de las limitaciones específicas vinculadas a la estacionalidad de su actividad, a la dimensión global de su sector y a la flexibilidad que suele imponer la naturaleza de su trabajo.” En este orden de ideas, la Organización Mundial del Turismo (OMT) es el organismo de las Naciones Unidas encargado de la promoción de un turismo responsable, sostenible y accesible por lo que defiende y promueve la aplicación del Código ético mundial para el turismo. Fue creada en 1975 y, entre sus miembros, figuran **156 países**, 6 miembros asociados y más de **400 Miembros Afiliados** que representan al sector privado, a instituciones de enseñanza, a asociaciones de turismo y a autoridades turísticas locales (fuente página web de la OMT <http://www2.unwto.org/es/content/acerca-de-la-omt>)

<sup>1103</sup> Ley 7/2011, de 27 de octubre, del turismo de Galicia.

<sup>1104</sup> Artículos 114 y 115 de la Ley 7/2011. Las *medidas de policía administrativa* previstas en el artículo 106 de esta ley, es decir, el cierre de establecimientos y la suspensión de actividades, pertenecen al ámbito de los expedientes de reposición o restauración de la legalidad en materia de disciplina turística y su objetivo es poner fin tanto a la comisión de la infracción como a sus efectos. Además, no sólo comprenden un control previo de la actividad particular sujeta a previa habilitación sino también su control a posteriori (SSTC 235/2001 y 148/2000), *vid.* AYALA MUÑOZ, N. y PERAL DÍEZ, C., “Medidas de restablecimiento de la legalidad y policía administrativa”, Manual de Derecho administrativo sancionador, *cit.*, p. 219. Estas medidas tienen su fundamento en el artículo 130.2 de la LRJPAC: “Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con la

#### IV.2.3.1 Sanciones por infracciones leves<sup>1105</sup>

Desde apercibimiento a multa por cuantía de hasta 900 euros. Grado mínimo: desde apercibimiento (nivel L-1, tramo A), a multa por cuantía de hasta 300 euros (nivel L-3, tramo D).<sup>1106</sup> Grado medio: multa por cuantía de 301 hasta 600 euros. Grado máximo: multa por cuantía de 601 hasta 900 euros.

---

exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados que podrán ser determinados por el órgano competente, debiendo, en este caso, comunicarse al infractor para su satisfacción en el plazo que al efecto se determine, quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial correspondiente.” En consecuencia, estas medidas carecen de naturaleza sancionadora por lo que podrán acordarse con un simple trámite de audiencia y sin necesidad de incoar un expediente sancionador. Un ejemplo bastante claro lo tenemos en la LTG, cuyo artículo 44.3 prevé las siguientes medidas ante la no presentación de una declaración responsable o su falsificación u omisión de datos o documentos que tengan un carácter esencial: “Dicha actuación conllevará, en su caso y previa audiencia de la persona interesada, la resolución motivada de la baja del establecimiento turístico, así como la cancelación de la inscripción del mismo en el Registro de empresas y actividades turísticas de la Comunidad Autónoma de Galicia. Asimismo, la resolución que declare tales circunstancias podrá determinar la obligación del mismo de restituir la situación jurídica al momento previo al ejercicio de la actividad correspondiente, debiendo determinar, expresamente, la imposibilidad de presentar una nueva declaración responsable con el mismo objeto durante el plazo mínimo de dos meses.”*Vid.* la STS de 17 de diciembre de 2012, sala 3ª, fundamento jurídico quinto. Sobre la distinción entre medidas de clausura de establecimientos clandestinos (actividades privadas), sanciones de cierre de establecimientos (actividades privadas) y revocaciones de autorizaciones o concesiones administrativas (actividades públicas), *vid.*, también, el claro ejemplo utilizado por BELTRÁN DE FELIPE, *op. cit.* (I), p. 59 y el posterior análisis que hace sobre la distinción entre estas medidas y la sanciones administrativas en la segunda parte de su trabajo, *op. cit.* (II) pp. 45-53, así como el estudio de REBOLLO PUIG, M., sobre el contenido de las sanciones, *op. cit.*, pp.184-199.

<sup>1105</sup> Artículo 114, letra a), de la Ley 7/2011.

<sup>1106</sup> *Vid.* tabla núm. 17.

**TABLA 17: SANCIONES POR INFRACCIONES LEVES**

TRAMO	L-1	L-2	L-3
A	APERCIBIMIENTO	75 €**	100 €***
B	60 €	150 €	180 €
C	100 €	200 €	250 €
D	140 €	250 €	300 €
E	180 €	300 €	400 €
F	220 €	350 €	500 €
G*	260 €*	400 €*	600 €*
H*	300 €*	450 €*	700 €*
I*	400 €*	550 €*	800 €*
J*	500 €*	650 €*	900 €*

(\*) Tramos reservados para la concurrencia de circunstancias agravantes.

(\*\*) En el supuesto de que lleguemos al tramo inferior de esta columna y concurren más circunstancias atenuantes que motiven una reducción mayor, deberemos desplazar la sanción al tramo A del nivel L-1 y aplicar directamente el apercibimiento.

(\*\*\*) En el supuesto de que lleguemos al tramo inferior de esta columna y concurren más circunstancias atenuantes que motiven una reducción mayor, deberemos desplazar la sanción hacia los cuadros de la izquierda, sucesivamente, hasta la sanción de apercibimiento. Así,

desde el tramo A del nivel L-3 (multa de 100 euros), pasamos al tramo A del nivel L-2 (multa de 75 euros) y, después, al tramo A del nivel L-1 (apercibimiento)<sup>1107</sup>.



---

<sup>1107</sup> *Vid. supra* nota a pie de pág. núm. 762 sobre el apercibimiento.



#### IV.2.3.2- Sanciones por infracciones graves<sup>1108</sup>

Multa por cuantía de 901 euros hasta 9.000 euros. Grado mínimo: multa por cuantía de 901 euros (nivel G-1, tramo A), hasta 3.600 euros (nivel G-3, tramo D)<sup>1109</sup>. Grado medio: multa por cuantía de 3.601 euros hasta 6.300 euros. Grado máximo: multa por cuantía de 6.301 hasta 9.000 euros.

**TABLA 18: SANCIONES POR INFRACCIONES GRAVES**

TRAMO	G-1	G-2	G-3
A	901 €	1.500 €***	2.000 €**
B	1.200 €	2.000 €	2.500 €
C	1.500 €	2.500 €	3.000 €
D	1.800 €	3.000 €	3.500 €
E	2.100 €	3.500 €	4.000 €
F	2.400 €	4.000 €	5.000 €
G*	2.700 €*	4.500 €*	6.000 €*
H*	3.000 €* *	5.000 €* *	7.000 €* *
I*	3.500 €* *	5.500 €* *	8.000 €* *
J*	4.000 €* *	6.000 €* *	9.000 €* *

(\*) Tramos reservados para la concurrencia de circunstancias agravantes.

<sup>1108</sup> Artículo 114, letra b), de la Ley 7/2011.

<sup>1109</sup> Vid. tabla núm. 18

(\*\*) En el supuesto de que lleguemos al tramo inferior de esta columna y concurren más circunstancias atenuantes que motiven una reducción mayor, deberemos desplazar la sanción al tramo A del nivel G-1, es decir, multa por cuantía de 901 euros.

(\*\*\*) En el supuesto de que lleguemos al tramo inferior de esta columna y concurren más circunstancias atenuantes que motiven una reducción mayor, deberemos desplazar la sanción hacia los cuadros de la izquierda, sucesivamente, hasta la multa por cuantía de 901 euros. Así, desde el tramo A del nivel G-3 (multa de 2.000 euros), pasamos al tramo A del nivel G-2 (multa de 1.500 euros) y, después, al tramo A del nivel G-1 (multa de 901 euros).

En las infracciones graves podrá imponerse, además, como **sanción accesoria** a la de multa, la suspensión de la actividad turística o del ejercicio profesional, de hasta seis meses de duración, cuando concorra cualquiera de las cuatro circunstancias agravantes previstas en la LTG<sup>1110</sup>:

1- Reiteración de conductas infractoras graves por el mismo titular.

2- Notorio perjuicio para la imagen turística de Galicia.

3- Desprestigio de la profesión turística.

4- Daño irreparable para el usuario turístico.

---

<sup>1110</sup> Artículo 15, letra a), de la Ley 7/2011.

De este modo, atendiendo al nivel de la infracción grave cometida y al número de circunstancias concurrentes en cada supuesto<sup>1111</sup>, propongo la siguiente tabla para la graduación de las sanciones accesorias:

**TABLA 19: SANCIONES ACCESORIAS POR INFRACCIONES GRAVES**

<b>Número de circunstancias agravantes</b>	<b>Infracciones graves del nivel G-1</b>	<b>Infracciones graves del nivel G-2</b>	<b>Infracciones graves del nivel G-3</b>
1/4	Un mes	Dos meses	Tres meses
2/4	Dos meses	Tres meses	Cuatro meses
3/4	Tres meses	Cuatro meses	Cinco meses
4/4	Cuatro meses	Cinco meses	Seis meses

Asimismo, aunque la LTG contempla como medida de restitución de la legalidad, sin naturaleza sancionadora, la imposibilidad de continuar con el ejercicio de una actividad objeto de una declaración responsable que incurra en inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, o bien no haya sido presentada o se carezca de la documentación preceptiva o se incurra en un incumplimiento de los requisitos que resulten de aplicación,<sup>1112</sup> el legislador ha

<sup>1111</sup> De entre las cuatro circunstancias normalizadas en el artículo 115, letra a).

<sup>1112</sup> El artículo 44.2 de la Ley 7/2011, de 21 de octubre dispone lo siguiente: La comprobación por los órganos competentes en materia de turismo de la inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, de los datos declarados, así como la no presentación de la declaración responsable, la indisponibilidad de la documentación preceptiva o el incumplimiento de los requisitos que resulten de aplicación, determinarán la imposibilidad de continuar con el ejercicio de la actividad desde el momento en que se tuviera constancia de tales hechos, en consonancia

previsto también la prohibición de presentar una nueva declaración responsable con el mismo objeto por un plazo mínimo de dos meses.<sup>1113</sup>

Por consiguiente, el sujeto que haya incurrido en cualquiera de las conductas infractoras citadas tendrá, por un lado, que restituir la legalidad administrativa, ya cesando su actividad, ya cerrando su establecimiento y, por otro, no podrá presentar una nueva declaración responsable con el mismo objeto durante un plazo mínimo de dos meses. Si bien resulta clara la naturaleza restitutiva de la obligación impuesta por el legislador, ¿qué sucede con la prohibición? ¿Se trata de una medida de policía administrativa o estamos ante una medida de carácter sancionador? En definitiva, la prohibición de presentar una nueva declaración responsable para el mismo objeto prevista en la Ley 7/2011<sup>1114</sup>, ¿podría constituir una sanción de carácter accesorio vinculada a las infracciones graves previstas en los números 1º y 2º del artículo 110?<sup>1115</sup>

---

con lo dispuesto en el artículo 106 de la presente ley, y sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar.”

<sup>1113</sup> El artículo 44.3 de la Ley 7/2011 dispone lo siguiente: “Dicha actuación conllevará, en su caso y previa audiencia de la persona interesada, la resolución motivada de la baja del establecimiento turístico, así como la cancelación de la inscripción del mismo en el Registro de Empresas y Actividades Turísticas de la Comunidad Autónoma de Galicia. Asimismo, la resolución que declare tales circunstancias podrá determinar la obligación del mismo de restituir la situación jurídica al momento previo al ejercicio de la actividad correspondiente, debiendo determinar, expresamente, la imposibilidad de presentar una nueva declaración responsable con el mismo objeto durante el plazo mínimo de dos meses.”

<sup>1114</sup> Artículo 44.3 de la Ley 7/2011.

<sup>1115</sup> El artículo 110.1 de la Ley 7/2011 tipifica como infracción administrativa grave “la realización de actividades y prestación de servicios turísticos sin haber presentado la correspondiente declaración responsable u obtenido la preceptiva autorización turística, en su caso.” Además, el artículo 110.2 hace referencia a “la inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documentos que se comuniquen o incorporen los promotores de actividades y servicios turísticos en sus declaraciones responsables”.

Como señalé con ocasión de la relación de conductas infractoras, considero que sí estamos ante una medida de naturaleza sancionadora y, en consecuencia, entiendo que debería incluirse en el apartado correspondiente a las sanciones administrativas de carácter accesorio<sup>1116</sup>, previstas para algunas de las infracciones graves tipificadas en la ley<sup>1117</sup>.

Llego a esta conclusión después de someter esta medida al juicio del concepto estricto de sanción, creado por doctrina científica y jurisprudencia constitucional y expuesto en el capítulo III del presente trabajo<sup>1118</sup>. Así, en primer lugar, esta prohibición poco o nada tiene que ver con una medida de restitución de la legalidad, ni tan siquiera con una medida resarcitoria, sino que tiene un claro contenido aflictivo o de castigo para el sujeto responsable de la infracción que no va a poder presentar una nueva declaración responsable en un determinado periodo con el consiguiente perjuicio económico que ello le puede generar; es decir, tiene una finalidad represiva, de carácter accesorio a la sanción multa, sobre el sujeto sancionado<sup>1119</sup>. En segundo lugar, su relación con la comisión

---

<sup>1116</sup> Concretamente en el artículo 115 de la Ley 7/2011. Asimismo, considero también que el legislador debería haber previsto su duración máxima, con criterios de proporcionalidad, tal y como ha hecho con otras sanciones similares de carácter accesorio (v. gr., la prohibición de acceso a subvenciones y ayudas públicas para determinados supuestos de infracciones muy graves).

<sup>1117</sup> Concretamente para las infracciones tipificadas en los apartados 1º y 2º del artículo 110, de la Ley 7/2011.

<sup>1118</sup> *Vid supra* el apartado III-3 del capítulo III de este trabajo, sobre el concepto estricto de sanción administrativa y sus elementos esenciales.

<sup>1119</sup> Finalidad represiva o de castigo que, por otra parte, no renuncia a posibles fines disuasorios o de intimidación con respecto a las conductas tipificadas en el artículo 110, apartados 1º y 2º, como infracciones administrativas de carácter grave y que llevan aparejada esta sanción accesorio a la multa.

de una infracción administrativa de carácter grave es más que evidente, ya que, la prohibición de presentar una nueva declaración responsable surge por ministerio de la ley y como consecuencia jurídica por la comisión de una conducta infractora concreta. Por último, la prohibición no es discriminatoria y afecta a todas las personas que cometan las infracciones tipificadas y determinadas en la Ley 7/2011<sup>1120</sup>.



---

<sup>1120</sup> Artículo 110, puntos 1º y 2º.

#### IV.2.3.3- Sanciones por infracciones muy graves<sup>1121</sup>

Multa por cuantía de 9.001 euros hasta 90.000 euros. Grado mínimo: multa por cuantía de 9.001 euros (nivel MG-1, tramo A), hasta 36.000 euros (nivel MG-3, tramo D).<sup>1122</sup> Grado medio: multa por cuantía de 36.001 euros hasta 63.000 euros. Grado máximo: multa por cuantía de 63.001 hasta 90.000 euros.

**TABLA 20: SANCIONES POR INFRACCIONES MUY GRAVES**

TRAMO	MG-1	MG-2	MG-3
A	9.001 €	10.000 €***	12.000 €**
B	15.000 €	17.500 €	20.000 €
C	20.000 €	25.000 €	28.000 €
D	28.000 €	32.500 €	36.000 €
E	36.000 €	40.000 €	42.000 €
F	40.000 €	46.000 €	50.000 €
G*	45.000 €*	52.000 €*	60.000 €*
H*	50.000 € *	58.000€*	70.000 €*
I*	55.000 €*	64.000 €*	80.000 €*
J*	60.000 €*	70.000 €*	90.000 €*

(\*) Tramos reservados para la concurrencia de circunstancias agravantes.

<sup>1121</sup> Artículo 114, letra c), de la Ley 7/2011.

<sup>1122</sup> Vid. tabla núm. 20



(\*\*) En el supuesto de que lleguemos al tramo inferior de esta columna y concurren más circunstancias atenuantes que motiven una reducción mayor, deberemos desplazar la sanción al tramo A del nivel MG-1, es decir, multa por cuantía de 9.001 euros.

(\*\*\*) En el supuesto de que lleguemos al tramo inferior de esta columna y concurren más circunstancias atenuantes que motiven una reducción mayor, deberemos desplazar la sanción hacia los cuadros de la izquierda, sucesivamente, hasta la multa por cuantía de 9.001 euros. Así, desde el tramo A del nivel MG-3 (multa de 12.000 euros), pasamos al tramo A del nivel MG-2 (multa de 10.000 euros) y, después, al tramo A del nivel MG-1 (multa de 9.001 euros).

Asimismo, de forma compatible con la sanción de multa, podrá imponerse alguna de las siguientes **sanciones accesorias**:

a) Suspensión de la actividad turística o del ejercicio profesional, de hasta un año de duración, cuando concorra cualquiera de las cuatro circunstancias agravantes previstas en la LTG<sup>1123</sup>:

1- Reiteración de conductas infractoras muy graves por el mismo titular.

2- Notorio perjuicio para la imagen turística de Galicia.

3- Desprestigio de la profesión turística.

4- Daño irreparable para la usuaria o usuario turístico.

---

<sup>1123</sup> Artículo 115, letra a), de la Ley 7/2011.

Así, atendiendo al nivel de la infracción muy grave cometida y al número de circunstancias concurrentes en cada supuesto<sup>1124</sup>, propongo la siguiente tabla para la determinación de las sanciones accesorias:

**TABLA 21: SANCIONES ACCESORIAS POR INFRACCIONES MUY GRAVES (I)**

<b>Número de circunstancias agravantes</b>	<b>Infracciones muy graves del nivel MG-1</b>	<b>Infracciones muy graves del nivel MG-2</b>	<b>Infracciones muy graves del nivel MG-3</b>
1/4	Un mes y medio	Dos meses y medio	Tres meses
2/4	Tres meses	Cinco meses	Seis meses
3/4	Cuatro meses y medio	Siete meses y medio	Nueve meses
4/4	Seis meses	Nueve meses	Un año

b) Clausura definitiva del establecimiento o revocación del título administrativo habilitante para el ejercicio de la actividad, cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes previstas por la LTG<sup>1125</sup>:

<sup>1124</sup> De entre las cuatro circunstancias normalizadas en el artículo 115, letra a).

<sup>1125</sup> Artículo 115, letra b), de la Ley 7/2011. Dada la confusa redacción de este artículo y la vigencia del principio de proporcionalidad en el procedimiento sancionador, considero de difícil motivación la posibilidad de aplicar esta sanción accesoria sin haber impuesto antes al mismo sujeto infractor la sanción de suspensión de la actividad turística o del ejercicio profesional prevista también para las infracciones muy graves en el apartado a).

1.- Notorio perjuicio para la imagen turística de Galicia.

2.- Desprestigio de la profesión turística.

3.- Daño irreparable para la usuaria o usuario turístico.

c) Pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y otras ayudas económicas de la Administración durante un plazo de hasta 5 años.<sup>1126</sup> Solo podrá imponerse esta sanción en los supuestos de infracción muy grave por utilización de ayudas económicas otorgadas por la Administración turística para fines diferentes para los cuales fueron concedidas y sin perjuicio de la obligación de reintegro de las ayudas recibidas.<sup>1127</sup>

Como la LTG no requiere la concurrencia de circunstancias agravantes para la imposición de esta sanción accesoria, pero gradúa su duración hasta los cinco años, propongo su determinación mediante la siguiente tabla basada en la clasificación turística de cada establecimiento o actividad:

---

<sup>1126</sup> Sanción accesoria incorporada a la ordenación turística autonómica por la Ley 14/2008, de 3 de diciembre, de turismo de Galicia.

<sup>1127</sup> Infracción tipificada en el artículo 111.1 de la Ley 7/2011 e incluida en el nivel 2 de las infracciones muy graves (MG-2).

**TABLA 22: SANCIONES ACCESORIAS POR INFRACCIONES MUY GRAVES (II)**

<b>TRAMO CORRESPONDIENTE AL ESTABLECIMIENTO O ACTIVIDAD TURÍSTICA<sup>1128</sup></b>	<b>PÉRDIDA DE LA POSIBILIDAD DE OBTENER AYUDAS ECONÓMICAS</b>
A*	Seis meses*
B	Un año
C	Un año y medio
D	Dos años
E	Dos años y medio
F	Tres años
G**	Tres años y medio**
H**	Cuatro años**
I**	Cuatro años y medio**
J**	Cinco años**

(\*) Tramo reservado para la concurrencia de circunstancias atenuantes.

(\*\*) Tramos reservados para la concurrencia de circunstancias agravantes.

<sup>1128</sup> *Vid. supra* tablas núm. 1 a 16, correspondientes a las diferentes modalidades turísticas previstas en la LTG.

#### IV.2.4 Las circunstancias modificativas de la responsabilidad administrativa de la LTG: agravantes, atenuantes, mixtas o ambivalentes<sup>1129</sup>

“...la potestad sancionadora de la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes, al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida...”<sup>1130</sup>

Antes de exponer los diferentes tipos de circunstancias modificativas de la responsabilidad administrativa quiero hacer tres consideraciones, de acuerdo con la jurisprudencia contencioso-administrativa y constitucional. Primero, en el supuesto de que no concurra ninguna de estas circunstancias deberíamos aplicar directamente la sanción que resulte en virtud de la categoría oficial del establecimiento, ya que ha sido prevista en las tablas de las diferentes empresas y actividades turísticas dentro de los límites legales correspondientes a su grado mínimo.<sup>1131</sup> Segundo, la escrupulosa vigencia del principio de

---

<sup>1129</sup> Sobre la calificación de las circunstancias mixtas del Derecho penal como *ambivalentes* *vid. supra* nota a pie de pág. núm. 767. En relación con el sometimiento de estas circunstancias al principio de legalidad penal *vid.*, RODRÍGUEZ COLLAO, L., “Los principios rectores del Derecho penal y su proyección en el campo de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal”, *Revista de Derechos Fundamentales*, UVM, núm. 8, 2012, pp. 145-172, disponible en internet, en la dirección: <http://www.derechosfundamentales.cl/revista/08.145-172Rodriguez.pdf>. Sobre el fundamento de las circunstancias modificativas de la responsabilidad y su funcionalidad en la individualización de la sanción administrativa *vid.* IZQUIERDO CARRASCO, M., *op. cit.*, pp. 235-252.

<sup>1130</sup> STS de 24 de noviembre de 1987, sala 3ª, fundamento jurídico segundo.

<sup>1131</sup> *Vid. supra* la doctrina y jurisprudencia citada en la nota a pie de pág. núm. 777.

legalidad, especialmente en relación con aquellas circunstancias que agravan la responsabilidad del sujeto activo, obliga a que el baremo sólo contemple los criterios recogidas en la LTG<sup>1132</sup>. Tercero, si concurre alguna o algunas de las circunstancias previstas en la ley podremos modificar la sanción, pero siempre de forma motivada y dentro de los grados mínimos, medio y máximo previstos por la ley para las sanciones de multa<sup>1133</sup>.

En los siguientes apartados describo, una a una, las circunstancias de la LTG y, en función de su relevancia, les atribuyo un determinado papel para la graduación de la sanción administrativa que corresponda<sup>1134</sup>. No obstante, debo antes advertir que, si bien el legislador penal sí delimitó qué circunstancias agravan la responsabilidad del sujeto<sup>1135</sup>, qué circunstancias atenúan su responsabilidad<sup>1136</sup> y cuál de ellas podría agravarla o atenuarla (mixta)<sup>1137</sup>, en el Derecho administrativo sancionador tan sólo se citan las circunstancias a modo de criterios para la graduación de las sanciones, sin una predeterminación de los efectos concretos para cada una de ellas.

---

<sup>1132</sup> Sobre la base de este principio y como consecuencia inmediata, la jurisprudencia constitucional establece la obligación de recoger los criterios específicos que operen como factores en la individualización de la sanción administrativa en una norma con rango de ley, tal y como realiza, de forma general el artículo 131.3 de la LRJPAC (SSTC 116/1993, de 29 de marzo, y 14/1998, de 22 de enero, entre otras).

<sup>1133</sup> Artículo 116.2: “Conforme a los criterios establecidos en el apartado anterior, las sanciones de multa podrán imponerse en sus grados mínimo, medio o máximo.”

<sup>1134</sup> Artículo 116.1 de la Ley 7/2011.

<sup>1135</sup> “De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal” (artículo 21 del CP).

<sup>1136</sup> “De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal” (artículo 22 del CP).

<sup>1137</sup> “De la circunstancia mixta de parentesco” (artículo 23 del CP).

En este sentido, tanto el legislador estatal, como el legislador autonómico se han limitado a indicar una relación de circunstancias generales en la LRJPAC<sup>1138</sup> y una relación de circunstancias especiales en la LTG<sup>1139</sup>.

Así, la LTG tan solo recoge esta regla para la aplicación de las circunstancias especiales en materia de disciplina turística: “Conforme a los criterios establecidos en el apartado anterior, las sanciones de multa podrán imponerse en sus grados mínimo, medio o máximo. Cuando la comisión de la infracción supusiera un resultado más beneficioso para la persona infractora que el cumplimiento de la norma vulnerada, se considerará esta circunstancia como agravante para la imposición de la sanción de multa en su grado máximo.”<sup>1140</sup>

---

<sup>1138</sup> Artículo 131.3 de la Ley 30/1992: “En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las administraciones públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar: a) La existencia de intencionalidad o reiteración. b) La naturaleza de los perjuicios causados. c) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.

<sup>1139</sup> Artículo 116.1 de la Ley 7/2011: “Para la graduación de las sanciones se considerarán especialmente los siguientes criterios: a) La existencia de intencionalidad de la persona infractora. b) La categoría de la empresa turística. c) La reiteración en las conductas infractoras. d) El incumplimiento de los plazos y requisitos concedidos para la corrección de las deficiencias detectadas por las inspectoras o inspectores de turismo. e) La corrección voluntaria, antes o durante la tramitación del procedimiento, de las deficiencias detectadas y los daños y perjuicios causados. f) Los perjuicios causados a los particulares. g) El beneficio ilícito obtenido. h) La trascendencia social de la infracción. i) Las repercusiones negativas para el sector turístico y la imagen turística de Galicia.”

<sup>1140</sup> Artículo 116.2 de la Ley 7/2011, de 27 de octubre.



#### IV.2.4.1- El grado de culpabilidad del sujeto infractor<sup>1141</sup>

Circunstancia mixta o *ambivalente*<sup>1142</sup> cuya apreciación podría agravar o atenuar la responsabilidad administrativa del sujeto infractor en proporción al grado de voluntariedad de su conducta.

Si tomamos como modelo de referencia al Derecho penal, no podemos prescindir del elemento subjetivo de la responsabilidad en el ámbito del Derecho administrativo sancionador. Asimismo, tampoco podemos admitir la objetivización de la responsabilidad, ya que la vigencia del principio de culpabilidad exige la presencia de culpa, en mayor o menor grado, en la conducta del sujeto infractor<sup>1143</sup>, como *conditio sine qua non* para imponer una sanción.<sup>1144</sup>

---

<sup>1141</sup> Aunque la LTG denomina a esta circunstancia “existencia de intencionalidad”, la cual debería de interpretarse como voluntariedad, es decir, la concurrencia o no de una actitud dolosa en el sujeto infractor, considero más apropiada la expresión “grado de culpabilidad” porque los diversos grados de la culpabilidad podrían conformar una graduación específica para este criterio de determinación sancionadora. *Vid. infra* el análisis sobre el principio de culpabilidad en el capítulo V, apartado V.5 de este trabajo.

<sup>1142</sup> *Vid supra* la nota a pie de pág. núm. 767.

<sup>1143</sup> “La culpa en su sentido más clásico y general no es más que la ejecución de un acto que pudo y debió ser previsto, y que por falta de previsión en el agente, produce un efecto dañoso” JIMÉNEZ DE ASUA, L., *op. cit.*, p. 99.

<sup>1144</sup> La jurisprudencia constitucional así lo avala, por ejemplo en sus SSTC, 76/1990, de 26 de abril de 1990 y 15/1991, de 4 de julio, en las que declara con rotundidad la necesaria concurrencia del dolo y culpa en todas las conductas tipificadas como ilícitos administrativos por la Ley.

Con el propósito de alcanzar una graduación acorde al principio de proporcionalidad y siguiendo a la profesora DE PALMA DEL TESO<sup>1145</sup>, divido la culpabilidad en tres grados: culpa leve, la simple inobservancia de un deber legal o la omisión de una atención normal en el ámbito profesional (*imprudencia simple por infracción de reglamento*)<sup>1146</sup>; culpa o negligencia grave, cuando el “*deber objetivo de cuidado*” sea de una “notable entidad” en proporción a la “magnitud” del bien jurídico protegido por la norma y, además, concorra una clara previsibilidad del “*deber subjetivo de cuidado*” en el supuesto concreto<sup>1147</sup>; y el dolo, es decir, cuando concurren conciencia y voluntad en el sujeto

---

<sup>1145</sup> Sobre esta autora, *vid. infra* en relación con el análisis del principio de culpabilidad en el capítulo V (apartado V.5.3).

<sup>1146</sup> La STS de 27 de diciembre de 1990, sala de lo penal, en su fundamento jurídico primero afirma que en la *imprudencia simple* el sujeto infractor “...acusa la omisión de la atención normal o debida en relación con los factores circunstanciales de todo orden que definen y contornean el supuesto concreto, representando la infracción de un deber de cuidado de pequeño alcance, aproximándose, sin alcanzarla, a la cota exigida habitualmente en la vida social” y aprecia la *imprudencia simple con infracción de reglamentos* “...cuando, a aquella leve negligencia, viene a adicionarse la inobservancia de un precepto de tal índole que normativiza pormenorizadamente la conducta humana en determinado sector de actividad.” En este mismo sentido se pronuncia la Sala 2ª del TS a través de las sentencias de 16 de mayo de 1991, 13 de octubre de 1993 y 14 de julio de 1992.

<sup>1147</sup> La STS de 28 de junio de 2013 (Sala 2ª), en su fundamento jurídico primero, apartado 3º, analiza la *imprudencia* a través de dos parámetros complementarios y precisos para apreciar su nivel de gravedad en cada supuesto de hecho (*imprudencia leve o grave*). De acuerdo con su razonamiento, la *imprudencia* requiere, por una parte, “la infracción de un *deber de cuidado interno* (deber subjetivo de cuidado o deber de previsión), que obliga a advertir la presencia de un peligro cognoscible y el índice de su gravedad”, y por otra, “la vulneración de un *deber de cuidado externo* (deber objetivo de cuidado), que obliga a comportarse externamente de forma que no se generen riesgos no permitidos, o, en su caso, a actuar de modo que se controlen o neutralicen los riesgos no permitidos creados por terceras personas o por factores ajenos al autor, siempre que el deber de garante de éste le obligue a controlar o neutralizar el riesgo ilícito que se ha desencadenado.” Una *imprudencia grave* requiere, en primer lugar, una infracción del deber objetivo de cuidado de “notable entidad”, en atención al riesgo generado por su conducta y a la relevancia del bien jurídico protegido. En segundo lugar, la gravedad de la *imprudencia* se manifiesta por la mayor previsibilidad del peligro, es decir, “cuanto mayor sea la previsibilidad o cognoscibilidad del peligro, mayor será el nivel de exigencia del deber subjetivo de cuidado y más grave resultará su vulneración”.

activo<sup>1148</sup>. De este modo, la culpa o negligencia leve se convierte en el punto de partida para determinar el grado de culpabilidad de la conducta infractora. Si seguimos el criterio establecido por el profesor GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, la responsabilidad administrativa apreciada en su grado mínimo equivale a una “*inobservancia del deber de cuidado exigible al sujeto infractor*” o culpa *in vigilando*.<sup>1149</sup> Así las cosas, para que la intención o voluntad del sujeto actúe como circunstancia agravante de su responsabilidad, deberemos acreditar el conocimiento de la norma turística infringida y su voluntad para incumplirla –conducta dolosa– en el oportuno procedimiento administrativo sancionador. Esto ocurrirá, por ejemplo, en aquellos expedientes en los que resulte probado que la persona infractora o sus representantes legales fueron informados por la inspección turística de la obligación incumplida, o bien, cuando fuese sancionado con anterioridad por los mismos hechos y se acredite

---

<sup>1148</sup> Para la Sala 2ª del Tribunal Supremo (SSTS de 30 de abril de 2008, 2 de julio de 2009, 8 de octubre de 2010 y 2 de noviembre de 2011), el dolo “...significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal.” Esta sala reconoce también como dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la conducta infractora a pesar de que es consciente de la posibilidad de producir el resultado lesivo (dolo eventual). Así, “lo relevante para afirmar la existencia del dolo penal es, en esta construcción clásica del dolo, la constancia de una voluntad dirigida a la realización de la acción típica, empleando medios capaces para su realización. (...). Si además, resulta acreditado la intención de conseguir el resultado, nos encontraremos ante la modalidad dolosa intencional en la que el autor persigue el resultado previsto en el tipo, en los delitos de resultado.” (SSTS, de 8 de octubre de 2010 y 2 de noviembre de 2011). En relación con el dolo eventual, ni la doctrina científica administrativa, ni la jurisprudencia contencioso-administrativa, admiten su relevancia y su diferenciación con el dolo ordinario en el Derecho administrativo sancionador, lo cual representa un claro ejemplo de los matices o modulaciones que la jurisprudencia constitucional ha admitido en la traslación de los principios del orden penal al ámbito de la potestad sancionadora.

<sup>1149</sup> Cfr. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., “Las sanciones administrativas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”, en Jueces para la Democracia, números 16-17, 1992, pp. 30-34, cit. por BAJO FERNÁNDEZ, M., *op. cit.*, p. 15. Sobre la culpa *in vigilando* vid. las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: SSTS de 16 de marzo de 1988; 29 de junio de 1990; 28 de mayo de 1991; 12 de mayo de 1992; y 31 de marzo de 2003.

el conocimiento de las actuaciones anteriores por el mismo sujeto inculpado o sus representantes.

No obstante, recordemos que la declaración responsable es el modelo actual para la inscripción de la mayoría de los establecimientos y actividades turísticas en el REAT y en ella la persona titular de la empresa, bien con su firma, bien con la firma de sus representantes legales, declara el conocimiento y cumplimiento de todos los requisitos específicos dispuestos por la ordenación turística para la apertura de su establecimiento y el ejercicio de su actividad. Consecuentemente, cualquier vulneración de las normas que componen dicha ordenación conllevaría la culpabilidad de la persona titular.<sup>1150</sup>

Por último, conviene distinguir aquellos supuestos en los que el dolo forma parte del tipo infractor, de la conducta; es decir, se trata de un elemento más que conforma la conducta infractora, motivo por el que no debería agravar la responsabilidad del sujeto infractor.<sup>1151</sup>

---

<sup>1150</sup> Las fórmulas, “Declaro, bajo mi responsabilidad, que la empresa/entidad de la que soy titular/representante cumple con los requisitos establecidos en la ley..., y en el decreto..., por el que se establece la ordenación... y, en particular, los siguientes”. y “Que me comprometo a mantener el cumplimiento de los citados requisitos durante el tiempo de vigencia de la actividad, relativos al establecimiento y a su clasificación turística”, están presentes en todos los modelos oficiales de declaración responsable aprobados por los órganos competentes de la Xunta de Galicia desde la Orden de 10 de mayo de 2010. No obstante considero que, desde los requisitos de precisión y claridad, exigidos por la LRJPAC a cualquier documento que pretenda calificarse por una Administración pública como “declaración responsable”, los modelos contenidos en dicha orden dejan mucho que desear, ya que, por ejemplo, no se expresan con taxatividad determinados requisitos preceptivos e indispensables para la apertura de ciertos establecimientos (v. gr., la disponibilidad de agua caliente y fría en los servicios higiénicos de restaurantes y cafeterías).

<sup>1151</sup> V. gr., la falsedad en la formalización de una declaración responsable tipificada como infracción leve, cuando no tiene carácter esencial (artículo 109.1 de la Ley 7/2011), y como infracción grave, cuando tiene carácter esencial (artículo 110.2 de la Ley 7/2011), o la

Sobre dicha interpretación y la presente circunstancia propongo la siguiente graduación:

1.- Conducta dolosa<sup>1152</sup>: sube un tramo más la sanción que resulte de la aplicación del baremo.

2.- Conducta imprudente grave: mantiene la sanción resultante.

3.- Conducta imprudente leve o simple inobservancia: baja un tramo la sanción que resulte de la aplicación del baremo.

---

negativa a entregar un ejemplar de las hojas de reclamación, tipificada por el legislador como infracción leve en el artículo 109.2, apartado e) y calificada como una “infracción formal”, a pesar de que la acción antijurídica consiste en una negativa (conducta dolosa), al ejercicio de un derecho atribuido expresamente por la LTG a los usuarios turísticos.

<sup>1152</sup> Siempre y cuando no forme parte de la conducta infractora como un elemento específico del tipo infractor, es decir, que la conducta tipificada no exija una actitud dolosa en el sujeto activo. En estos casos no deberíamos apreciar el dolo como una circunstancia agravante de la responsabilidad administrativa.

#### IV.2.4.2- La categoría de la empresa turística

He tenido en cuenta esta circunstancia en la elaboración de las tablas correspondientes a las diferentes modalidades de empresas y actividades turísticas. Sin embargo, alguna de las categorías complementarias previstas en la ordenación turística gallega no han sido tenidas en cuenta en las tablas, por lo que podrán operar como circunstancias modificativas de la responsabilidad si concurren en la categoría oficial de los establecimientos en los que se efectúe la conducta infractora. Me refiero a los hoteles de cinco estrellas clasificados con la distinción “*gran lujo*”<sup>1153</sup> y aquellos hoteles que obtengan la cualificación “*superior*”<sup>1154</sup>.

En el caso de que concurra una u otra distinción sobre la categoría oficial del establecimiento propongo subir un tramo más la sanción que resulte de la aplicación del baremo, ya que ambos distintivos otorgan a los establecimientos una mayor cualificación turística que debería corresponder con un mayor confort y calidad de las instalaciones, equipamientos y servicios.

---

<sup>1153</sup> Obtenida al amparo del artículo 8 del Decreto 267/1999, de 30 de septiembre, próximo a su derogación por un nuevo decreto autonómico regulador de los establecimientos hoteleros que, en su anteproyecto no recoge esta cualificación o categoría específica.

<sup>1154</sup> Obtenida al amparo de la nueva ordenación de los establecimientos hoteleros, hoy anteproyecto en espera de aprobación y publicación, que prevé esta cualificación para todas las categorías de hoteles (1-2-3-4-5 estrellas).

De la misma forma, cualquier otra categoría<sup>1155</sup> recogida por la ordenación turística que vincule al establecimiento o actividad con un mayor grado de calidad podríamos aplicarla al supuesto de hecho como circunstancia agravante y subir un tramo más la sanción que resulte de la aplicación del baremo, siempre bajo el amparo de este criterio de la LTG<sup>1156</sup>.



---

<sup>1155</sup> No he incluido bajo este criterio de graduación el término “pousada” porque dadas sus características, establecimientos de alojamiento turístico propiedad de la Administración turística de Galicia o que cumplan unas condiciones paisajísticas determinadas reglamentariamente, entiendo que forma parte de la circunstancia referida a la repercusión negativa del sector turístico y de la imagen turística de Galicia (*vid.* apartado i) del presente capítulo).

<sup>1156</sup> Artículo 116.1, letra b), de la Ley 7/2011.



#### IV.2.4.3- La reiteración de conductas infractoras

La LTG regula la reincidencia<sup>1157</sup> en el ámbito de la disciplina turística como un *tipo cualificado de infracción*<sup>1158</sup> previsto para determinados supuestos en los que el sujeto activo reincide en la comisión de infracciones leves<sup>1159</sup> o graves<sup>1160</sup>, siempre que concurren los siguientes requisitos<sup>1161</sup>: (1) que se trate de infracciones de la misma naturaleza; (2) que se cometan dentro del plazo máximo de un año; y (3) que así lo declare una resolución firme<sup>1162</sup>.

Mientras que en el Derecho penal la reincidencia absorbió a la reiteración de conductas infractoras como circunstancia agravante, fruto de la jurisprudencia y de las constantes críticas recibidas por parte de la doctrina científica<sup>1163</sup>, en el

<sup>1157</sup> El artículo 112 de la Ley 7/2011 utiliza el mismo concepto de reincidencia previsto en el artículo 131.3, letra c), de la LRJPAC.

<sup>1158</sup> STSJLR, Sala de lo contencioso-administrativo, de 21 de mayo de 1998, fundamento jurídico sexto.

<sup>1159</sup> Vid. el artículo 110.23 de la Ley 7/2011 incluido en el nivel G-1 del presente baremo.

<sup>1160</sup> Artículo 110.23 de la Ley 7/2011 incluido en el nivel G-1 del presente baremo.

<sup>1161</sup> De conformidad con lo dispuesto en el artículo 130.

<sup>1162</sup> SSTs, Sala 3ª, de 24 de octubre de 2000 (FJ 6º) y de 11 de marzo de 2003 (FJ 6º). Ambas sentencias interpretan el artículo 131.3, letra c), de la LRJPAC, en el sentido de estimar suficiente la firmeza en vía administrativa para apreciar la reincidencia. Vid. PÉREZ MARTÍNEZ, D., Manual de Derecho administrativo sancionador..., *cit.*, p. 261.

<sup>1163</sup> A pesar de estas críticas, la reincidencia en el Derecho penal se mantiene como circunstancia agravante genérica en el apartado 8º del artículo 22 del Código penal de 1995 – “ser reincidente”– que, tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, dispone lo siguiente: “Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves. Las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea producirán los efectos de

ámbito punitivo administrativo muchas leyes persisten en mantener la reiteración como una circunstancia agravante compatible con la reincidencia.<sup>1164</sup>

Esto es lo que sucedió en la LTG que, junto a la posibilidad de tipificar las conductas reincidentes como infracción grave o muy grave, recogió también la

---

reincidencia salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiera serlo con arreglo al Derecho español.” A mayor abundamiento, el artículo 66.1, en su apartado 5º, dispone la siguiente regla especial para aquellos supuestos de reincidencia cualificada o multirreincidencia: “Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido.” Sobre los problemas para encontrar un fundamento a la reincidencia en el Derecho penal, las críticas de una buena parte de doctrina española por su mantenimiento en el CP y la posterior recuperación de la reincidencia cualificada o multirreincidencia del artículo 66, mediante la Ley orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE núm. 234, de 30 septiembre de 2003), así como las dudas sobre su posible inconstitucionalidad, vid. BELESTÁ SEGURA, L., “La reincidencia en la doctrina española actual”, publicado en la revista *Actualidad Penal*, núm. 26, año 2001, pp. 575 y ss. y “La reincidencia que viene”, publicado en la web *Noticias Jurídicas*, apartado dedicado a *Artículos doctrinales* de Derecho penal, junio de 2003, disponible en internet: <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho-Penal/200306-51551323510311731.html>; VAELLO ESQUERDO, E., Aspectos problemáticos de la reincidencia, publicado en el libro *Homenaje al doctor Barbero Santos...*, cit., pp. 1359-1374; REBOLLO VARGAS, R., “Reflexiones y propuestas sobre el tratamiento penal y procesal de la pequeña delincuencia patrimonial”, *Estudios Penales y Criminológicos*, USC, vol. XXXI, 2011, pp. 553-583; y MONGE FERNÁNDEZ, A., *La circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena*, Bosch Editor, Barcelona, 2009. Recordemos que el Pleno del Tribunal Constitucional después de someter la reincidencia a los principios de culpabilidad y proporcionalidad (FJ 4º), seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad (FJ 5º), igualdad (FJ 6º), prohibición de tratos degradantes (FJ 7º), presunción de inocencia (FJ 8º) y prohibición del *bis in idem* (FJ 9º), declaró su constitucionalidad en la STC 150/1991, de 4 de julio. Dicha declaración fue confirmada un año después por el Tribunal Constitucional en la STC 152/1992, de 19 de octubre.

<sup>1164</sup> La reincidencia se traslada al Derecho administrativo positivo a través del artículo 131.3, letra c) de la LRJPAC cuya definición difiere de la penal porque la reincidencia administrativa requiere la comisión de más de una infracción “de la misma naturaleza” y que se produzca su firmeza “en el término de un año”. Así, mientras en el Derecho penal esta figura absorbió a la *reiteración*, en el Derecho administrativo sancionador muchas leyes admiten esta circunstancia agravante cuando se trate de infracciones que no sean de la misma naturaleza o su firmeza se produzca más allá del término de un año.

reiteración como circunstancia agravante dentro de los criterios para la graduación de las sanciones.<sup>1165</sup> Sin embargo, a diferencia de otras leyes que regulan el sector turístico de las comunidades autónomas<sup>1166</sup>, el legislador gallego omitió los requisitos que podrían demarcar esta figura de la reincidencia y conciliar su aplicación con los principios de legalidad y seguridad jurídica. No obstante, si realizamos una interpretación *a contrario sensu* de las reglas previstas para la reincidencia y prescindimos de la naturaleza de las infracciones reiteradas,<sup>1167</sup> reduciremos el problema al ámbito temporal de las

---

<sup>1165</sup> Recordemos que, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia contencioso-administrativa, “...para la aplicación de esta circunstancia agravante, no habrá de tenerse en cuenta el plazo de un año que el artículo 131 la LRJPAC señala en relación con la reincidencia.” PÉREZ MARTÍNEZ, D., Manual de Derecho administrativo sancionador, *cit.*, p. 258-259.

<sup>1166</sup> La mayoría de las leyes cabeceras de la ordenación turística autonómica han sustituido la reiteración de conductas infractoras como circunstancia agravante por la reincidencia que, poco a poco, abandona su ubicación legal como tipo cualificado de infracción y pasa a formar parte de los criterios de graduación previstos para la determinación de las sanciones. Por otra parte, de entre las leyes que todavía mantienen ambas figuras, tan sólo las leyes de Asturias, Extremadura, Valencia y Cantabria definen la reiteración de conductas y la diferencian de la reincidencia. Así las cosas, la Ley 17/2001, de 22 de junio, del turismo del Principado de Asturias (BOPA núm. 156, de 6 de julio de 2001, y BOE núm. 203, de 24 de agosto de 2001) define la reiteración de conductas, como circunstancia agravante en el artículo 76, letra d), como “la comisión en el término de dos años de dos o más infracciones de cualquier carácter, que así hayan sido declaradas por resolución firme.” La Ley 2/2011, de 31 de enero, de desarrollo y modernización del turismo de Extremadura (DOE núm. 22, de 2 de febrero de 2011, y BOE núm. 42, de 18 de febrero de 2011), en su artículo 113.1, letra i), define la “reiteración de infracciones” como la comisión, en el término de un año, “de más de una infracción de distinta naturaleza y así haya sido declarado por resolución administrativa.” La Ley 3/1998, de 21 de mayo, de turismo de la Comunidad Valenciana (DOCV núm. 3248, de 22 de mayo de 1998, y BOE núm. 149, de 23 de junio de 1998), en su artículo 54.2, letra a) define la reiteración “como la comisión en el término de dos años, de dos o más infracciones de cualquier carácter, que así hayan sido declaradas por resolución firme.” Por último, la Ley 5/1999, de 25 de marzo, de ordenación del turismo de Cantabria (BOC núm. 3, de 26 de marzo de 1999, y BOE núm. 110 de 8 de mayo de 1999), recoge la reincidencia como circunstancia agravante y la reiteración como un *tipo cualificado de infracción* exclusivo de las infracciones graves y tipificado en su artículo 57.17: “La reiteración en la comisión, en el periodo de un año, de más de tres infracciones leves, o la realización de acciones u omisiones tipificadas como leves en esta Ley pero que afecten a una pluralidad de personas.”

<sup>1167</sup> En relación con esta circunstancia agravante me parecen muy significativos los fundamentos jurídicos de la STS de 23 de marzo de 2005, Sala 3ª, de la que podemos extraer una serie de criterios en orden a la apreciación práctica de la reiteración en un expediente administrativo

conductas, es decir, bastaría con determinar “cuál es el horizonte temporal apto para tomarla en consideración”<sup>1168</sup>. Así las cosas, como planteamiento *de lege ferenda* y sobre la base del periodo máximo de prescripción fijado por la LTG para las sanciones firmes en vía administrativa,<sup>1169</sup> propongo la aplicación de esta circunstancia a las conductas infractoras sancionadas durante los últimos tres años desde la fecha de la comisión de la infracción objeto del expediente sancionador.<sup>1170</sup>

Aunque la invocación de principios constitucionales como el de legalidad, el de proporcionalidad o el de seguridad jurídica sería suficiente para motivar una reforma de la reiteración en la LTG, su reconocimiento como criterio de graduación, al menos, nos permite apreciar aquellas conductas infractoras que

---

sancionador: primero, podemos aplicar esta circunstancia ante la reiteración de infracciones de diferente naturaleza y también ante infracciones de la misma naturaleza cuando no se cumplan algunas o alguna de las condiciones previstas por la ley para la reincidencia (FJ 5º); segundo, corresponde a la norma que recoge esta circunstancia la determinación del periodo de tiempo límite para “prescindir de la eficacia agravatoria de una conducta infractora previa”, tal y como sucede con la reincidencia, por lo que si la ley no fija un término concreto “la mera referencia al «paso del tiempo» sin ulteriores precisiones no es un argumento válido para prescindir de la eficacia agravatoria de una conducta infractora previa” (FJ 5º); y tercero, resulta necesario que las conductas objeto de esta agravante se refieran a “hechos que hayan sido ya sancionados en un procedimiento resuelto con anterioridad a la comisión de la nueva falta” para lo que bastará, como garantía de dicha condición, una resolución firme en vía administrativa (FJ 6º). En definitiva, “sólo los hechos que hayan sido sancionados –lógicamente, con anterioridad a la comisión de la nueva infracción– en un procedimiento administrativo resuelto de manera definitiva y ya inobjetable en la propia vía administrativa, pueden servir para apreciar la reiteración como agravante” (FJ 7º).

<sup>1168</sup> *Ibidem* (FJ 5º).

<sup>1169</sup> El artículo 118 de la Ley 7/2011 dispone un plazo máximo de prescripción de tres años para las sanciones muy graves. Además, su número 2º indica que su cómputo se inicia “desde el día siguiente a aquel en que adquiriese firmeza la resolución por la que se impone la sanción.”

<sup>1170</sup> El *dies a quo* de este plazo correspondería a la fecha de la comisión de la infracción objeto del expediente sancionador y el *dies ad quem* al día anterior al ordinal que corresponda a su inicio.

se cometan con habitualidad, así como otorgarles un tratamiento específico a la hora de precisar su sanción.<sup>1171</sup> Por esta razón, en relación con la frecuencia infractora de la persona titular de la actividad, propongo que maticemos el resultado del baremo con la siguiente graduación, siempre y cuando no se trate del tipo cualificado previsto en la LTG para la reincidencia:

1.- Si la persona titular realiza la conducta infractora por vez primera y se trata de un hecho aislado, es decir, no estamos ante una infracción continuada<sup>1172</sup>, mantendremos el tramo de la sanción resultante de la aplicación del baremo.<sup>1173</sup>

2.- Por el contrario, si el sujeto infractor fue sancionado con carácter firme en los últimos tres años por vulneración de la ordenación turística autonómica subiremos la sanción un tramo más de la que corresponda en aplicación del baremo.<sup>1174</sup>

---

<sup>1171</sup> Una de las propuestas formuladas por la doctrina penal configura la reincidencia como “una circunstancia de apreciación facultativa por el juez” tal y como ocurre en otros códigos penales de nuestro “entorno cultural”, *cfr.* VAELO ESQUERDO, E., *op. cit.*, pp. 1359-1374. Considero adecuado a estos principios modificar la regulación actual de la reiteración en la LTG, bien en el sentido de pormenorizar sus requisitos, por ejemplo, estableciendo un plazo máximo de tres años, bien en el sentido de suprimir esta circunstancia o, mejor aún, sustituirla por la reincidencia. En este último caso el legislador debería eliminar también la reincidencia como tipo cualificado de la LTG para las infracciones graves y muy graves.

<sup>1172</sup> Sobre las infracciones continuadas *vid. supra* nota a pie de pág. núm. 862.

<sup>1173</sup> Se trata de una circunstancia agravante y no mixta o *ambivalente* por lo que no deberíamos rebajar la sanción del grado que corresponda sin apreciar la concurrencia de una circunstancia atenuante.

<sup>1174</sup> La aplicación de esta circunstancia agravante a los supuestos de reincidencia previstos en la LTG, cuando menos, parece incompatible con el principio de proporcionalidad.

**IV.2.4.4- El incumplimiento de los plazos<sup>1175</sup> y de los requisitos concedidos para la corrección de las deficiencias detectadas por la inspección turística.**

Esta circunstancia muestra, cuando menos, una actitud de desidia hacia la ordenación turística y a la función de asesoramiento prestada a las empresas del sector por el personal integrante de la inspección turística. Por consiguiente, su apreciación agrava la responsabilidad administrativa y, muy probablemente, concurrirá con la agravación por conducta dolosa, ya que el sujeto infractor incumple la norma a sabiendas de su antijuridicidad, esto es, con conciencia y voluntad. Por esta razón, propongo subir un tramo la sanción que resulte por aplicación del baremo.<sup>1176</sup>

---

<sup>1175</sup> Más que un incumplimiento del plazo se produce un incumplimiento del requerimiento porque el plazo se cumple sin que la persona titular del establecimiento o actividad subsane las deficiencias advertidas por el personal inspector en aplicación de la ordenación turística.

<sup>1176</sup> La subida de un tramo por la apreciación de esta circunstancia se sumará a la subida por conducta dolosa prevista en el apartado a), en su caso.



**IV.2.4.5- La corrección voluntaria, antes o durante la tramitación del procedimiento, de las deficiencias detectadas y de los daños y perjuicios causados.**<sup>1177</sup>

Esta circunstancia atenuante conforma la cara inversa de otras circunstancias agravantes como la concurrencia de perjuicios a particulares o el cumplimiento de los plazos otorgados por la inspección turística sin atender a sus requerimientos. De esta manera, se trata de un criterio que atenúa la responsabilidad administrativa del sujeto infractor y que comprenderá aquellos supuestos en los que la empresa turística concilia una reparación o indemnización con las personas perjudicadas por su conducta infractora<sup>1178</sup>. En consecuencia, propongo la siguiente graduación:

---

<sup>1177</sup> El artículo 121 de la Ley 7/2011, de 27 de octubre, tiene encaje en estas dos circunstancias atenuantes de la responsabilidad administrativa. Sus apartados 1º y 4º disponen, respectivamente, lo siguiente: (apartado 1º) “Previo o simultáneamente a la tramitación del procedimiento sancionador, el órgano competente para su incoación podrá ofrecer a la presunta persona infractora la posibilidad de reparar los perjuicios causados o corregir las irregularidades administrativas en que hubiera incurrido.” (Apartado 4º) “La conciliación y la reparación plena conllevarán el archivo de las actuaciones o la atenuación de las sanciones, en atención a la naturaleza y gravedad de los perjuicios causados. La reparación parcial únicamente podrá dar lugar a la atenuación de las sanciones.”

<sup>1178</sup> No obstante, recordemos que los apartados 2º y 3º de este mismo artículo otorgan al órgano instructor un amplio margen de maniobra para su apreciación: (apartado 2º) “La conciliación voluntaria para la reparación de los perjuicios causados a los usuarios turísticos por parte de las personas titulares de actividades turísticas sólo podrá intentarse en aquellos supuestos en que prime un interés privado y el mismo fuera cuantificable.” (Apartado 3º) “La rectificación de las irregularidades administrativas sólo será admisible cuando lo permitiera la entidad de la infracción y del perjuicio que la misma haya producido.” Vista su redacción, ¿en qué supuestos se admite la conciliación voluntaria como circunstancia atenuante de la responsabilidad del sujeto inculcado?, y, ¿cuándo resulta admisible la rectificación de irregularidades administrativas? Esto es, la LTG, ¿deja amplia libertad al órgano instructor para apreciar, de forma motivada, ambas circunstancias? Aunque de la lectura del precepto deduzco que el examen de cada caso concreto recae en la exclusiva responsabilidad del órgano instructor, cuya interpretación podrá fiscalizar, primero, la propia Xunta de Galicia y, después, la jurisdicción contencioso-administrativa, previa interposición de los recursos correspondientes, sin embargo, considero necesario otorgar al instructor la seguridad jurídica necesaria para lograr una



1.- Si la reparación voluntaria se efectúa antes de la fecha de incoación del expediente sancionador; bajamos dos tramos la sanción que resulte de la aplicación del baremo.

2.- Si la reparación voluntaria<sup>1179</sup> se efectúa una vez ha sido iniciado el expediente sancionador; bajamos un tramo la sanción resultante de la aplicación del baremo.



---

interpretación con ciertas garantías. Con este objetivo, el órgano directivo de la agencia con competencias en materia de disciplina turística podría coordinar la actuación instructora mediante la precisión de los criterios suficientes que motiven la aplicación de estas circunstancias a un supuesto de hecho concreto.

<sup>1179</sup> El carácter voluntario de esta circunstancia descarta su apreciación en aquellos supuestos de reparación forzosa derivados de un expediente sancionador (reposición a la legalidad).

#### IV.2.4.6- Los perjuicios causados a los particulares<sup>1180</sup>

Considero que estamos de nuevo ante una circunstancia ambivalente, es decir, un criterio de determinación que podríamos aplicar tanto para agravar la responsabilidad administrativa del sujeto infractor, como para atenuarla, en función de la entidad de los perjuicios privados. Así, propongo la siguiente graduación:

- 1.- Si no resulta acreditado ningún perjuicio a los particulares en el expediente sancionador; bajamos un tramo la sanción que resulte de la aplicación del baremo.
- 2.- Si resultan acreditados perjuicios de carácter leve; subimos un tramo la sanción que resulte de la aplicación del baremo.
- 3.- Si resultan acreditados perjuicios de carácter grave; subimos dos tramos la sanción resultante.

---

<sup>1180</sup> Puesto que esta circunstancia grava la responsabilidad administrativa del sujeto infractor, no deberíamos aplicarla en aquellas conductas en las que el daño o perjuicio -leve o grave- constituya, por sí mismo, un elemento del tipo infractor, dada la vigencia del principio de proporcionalidad y la prohibición del *bis in idem* en el procedimiento administrativo sancionador. Valga como ejemplo la no prestación de servicios o su prestación deficiente, “siempre que le causen un grave perjuicio a la usuaria o al usuario turístico”, tipificada en el artículo 110.10 de la Ley 7/2011.

#### IV.2.4.7- El beneficio ilícito obtenido<sup>1181</sup>

Esta circunstancia agravante guarda relación directa con la función de prevención especial asignada a las multas como sanciones administrativas<sup>1182</sup> y puede aplicarse tanto a conductas infractoras de empresas que incurran en

---

<sup>1181</sup> El apartado 3º de la Real orden de 29 de enero de 1929 (*Gaceta de Madrid*, núm. 30, de 30/01/1929), en relación con los sobrepuestos cobrados por los titulares de los establecimientos turísticos a cambio de servicios de “hospedaje, víveres y otros servicios públicos relacionados con el turismo”, otorgaba potestad a la Dirección general de Seguridad en Madrid y a los gobernadores civiles de las demás provincias para imponer “las sanciones que aparezcan justificadas”, así como para ordenar “el reintegro de las cantidades percibidas indebidamente”. Los precios exactos de estos servicios fueron fijados mediante Real orden de 11 de diciembre de 1928 (*Gaceta de Madrid*, núm. 347, de 12/12/1928). Por su parte, el artículo 23.3 del Estatuto ordenador de las empresas y de las actividades turísticas privadas, hoy derogado por el ya citado Real Decreto 39/2010, de 15 de enero, disponía la posibilidad de sustituir las sanciones de suspensión de las actividades de la empresa o clausura definitiva de un establecimiento turístico, “tanto para los intereses generales del turismo como para los de la empresa de que se trate, (...)”, por el abono al Tesoro de los beneficios que el establecimiento hubiera producido durante el tiempo de duración de aquella sanción. Para calcular dichos beneficios se efectuará por el Servicio de Inspección de la Dirección General de Empresas y Actividades Turísticas una revisión de la contabilidad de la empresa o del establecimiento, a fin de estimar el importe de aquellos durante el periodo por el que se haya decretado el cese o clausura; cuando por este medio no sea posible obtener el cálculo expresado, se intervendrá la administración de la empresa o establecimiento por el Centro Directivo antes citado para hacer efectivo el percibo de dichos beneficios.”

<sup>1182</sup> El profesor REBOLLO PUIG advierte que la finalidad preventiva de las multas, como la del resto de sanciones, es uno de los pilares sobre los que descansa la vigencia del principio de proporcionalidad y así lo dispone el artículo 131.2 de la LRJPAC: “El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.” Podemos observar este efecto disuasorio en una doble dimensión preventiva, “ex ante” (prevención general) y “ex post” (prevención especial). En primer lugar, la multa tiene una función preventiva “ex ante”, es decir, va dirigida hacia cualquier sujeto de la comunidad o sociedad con posibilidades de ejecutar la infracción, aunque no haya sido cometida todavía. Valga como ejemplo el sistema de actualización de las multas que asume el poder ejecutivo, a través de la colaboración reglamentaria, cuya compatibilidad con el principio de reserva de ley ha sido reconocida por la doctrina científica y confirmada por la jurisprudencia constitucional (*vid.* STC 198/1991, de 17 de octubre, FJ 6º), siempre que se respete la debida proporcionalidad en relación con el índice de precios al consumo. En segundo lugar, la multa también despliega sus efectos preventivos “ex post”, esto es, sobre el sujeto infractor con la finalidad de evitar los efectos perversos del ilícito: 1º) que el sujeto alcance una situación más beneficiosa a la que tenía antes de cometer la infracción; 2º) que el sujeto encuentre una posición de mayor ventaja frente al resto de ciudadanos que cumplen las normas jurídicas. *Cfr.* REBOLLO PUIG, M., *op. cit.*, pp. 170-172.

intrusismo profesional, en proporción a la capacidad máxima del local, como a las de aquellos establecimientos inscritos en el Registro de empresas y actividades turísticas de Galicia (REAT) que amplíen su capacidad sin promover el preceptivo expediente de autorización turística (campamentos de turismo)<sup>1183</sup> o de modificación sustancial (resto de empresas y modalidades turísticas dedicadas al alojamiento turístico o restauración)<sup>1184</sup>.

En otros supuestos infractores que tengan como sujetos a empresas de alojamiento turístico o restauración inscritas correctamente en el REAT, profesiones turísticas o agencias de viajes y conlleven un incremento patrimonial en detrimento de los usuarios, podemos aplicar la entidad de los perjuicios causados a los particulares como circunstancia agravante.<sup>1185</sup>

Uno de los problemas inherentes al beneficio ilícito obtenido es la determinación de su cálculo<sup>1186</sup>, el cual, en el ámbito de las empresas y actividades turísticas mencionadas, podría graduarse de la siguiente manera:

---

<sup>1183</sup> Vid. el artículo 45 de la Ley 7/2011.

<sup>1184</sup> Vid. el artículo 42 de la Ley 7/2011.

<sup>1185</sup> Vid. *supra* letra f) del apartado IV.2.4 de este capítulo.

<sup>1186</sup> REBOLLO PUIG analiza el comiso establecido por algunas leyes en el ámbito administrativo sancionador sobre las ganancias derivadas de conductas ilícitas y relaciona las siguientes partidas como elementos integrantes del beneficio ilícito obtenido: 1º) el aumento de ingresos del sujeto infractor; 2º) el posible ahorro de los gastos del sujeto infractor; 3º) el beneficio lícito que podría producirse con la cantidad resultante de la conducta infractora, en tanto que “puede considerarse una simple transformación del beneficio ilícito obtenido”. *Cfr. op. cit.*, p. 180. En definitiva, la cuestión del beneficio ilícito obtenido gira en torno al examen de la capacidad económica del sujeto infractor, a lo cual, según este autor debería dedicarse gran parte de la prueba practicada en el procedimiento sancionador. *Cfr. op. cit.*, p. 172.

1.- Alojamientos turísticos de alta capacidad: hoteles, apartamentos turísticos, campamentos de turismo y establecimientos sin límite de plazas:

- Hasta 50 plazas no inscritas en el REAT; aplicamos la misma sanción del baremo.
- De 51 a 100 plazas no inscritas en el REAT; subimos un tramo la sanción que resulte de la aplicación del baremo.
- De 101 a 200 plazas no inscritas en el REAT; subimos dos tramos la sanción resultante.
- Más de 200 plazas no inscritas en el REAT; subimos tres tramos la sanción resultante.

2.- Alojamientos turísticos de menor capacidad: pensiones, turismo rural, viviendas turísticas y otros establecimientos similares de escasa capacidad o cuya capacidad máxima esté limitada por la ordenación turística:

- Hasta 25 plazas no inscritas en el REAT; aplicamos la misma sanción del baremo.
- De 26 a 50 plazas no inscritas en el REAT; subimos un tramo la sanción que resulte de la aplicación del baremo.

- Más de 50 plazas no inscritas en el REAT; subimos dos tramos la sanción resultante.

3.- Establecimientos de restauración que ofrecen, principalmente, bebidas al público y no se caractericen por una amplia capacidad: cafeterías, bares, cafés, tabernas, pubs y similares.

- Hasta 50 plazas no inscritas en el REAT; aplicamos la misma sanción del baremo.
- De 51 a 100 plazas no inscritas en el REAT; subimos un tramo la sanción que resulte de la aplicación del baremo.
- Más de 100 plazas no inscritas en el REAT; subimos dos tramos la sanción resultante.

4.- Establecimientos de restauración que ofrecen, fundamentalmente, bebidas y se caracterizan por su amplia capacidad, como salas de fiesta, discotecas y similares:

- Hasta 100 plazas no inscritas en el REAT; aplicamos la misma sanción del baremo.

- De 101 a 300 plazas no inscritas en el REAT: subimos un tramo la sanción que resulte de la aplicación del baremo.
- De 301 a 500 plazas no inscritas en el REAT; subimos dos tramos la sanción resultante.
- Más de 500 plazas no inscritas en el REAT; subimos tres tramos la sanción resultante.

5.- Establecimientos de restauración cuya actividad principal es la elaboración y el servicio de comidas y cenas:

- Hasta 50 plazas no inscritas en el REAT; aplicamos la misma sanción del baremo.
- De 51 a 100 plazas no inscritas en el REAT; subimos un tramo la sanción que resulte de la aplicación del baremo.
- Entre 101 y 200 plazas no inscritas en el REAT; subimos dos tramos la sanción resultante.
- Más de 200 plazas no inscritas en el REAT; subimos tres tramos la sanción resultante.



#### **IV.2.4.8- La transcendencia social de la infracción**

Supuestos en los que las redes sociales o los medios de comunicación se hacen eco de la gravedad de una conducta infractora que trasciende al ámbito social dada su repercusión pública. Por cada vez que concurra esta circunstancia agravante en un expediente sancionador, propongo subir un tramo la cuantía de la sanción que resulte de la aplicación del baremo.



#### **IV.2.4.9- La repercusión negativa del sector turístico y de la imagen turística de Galicia.**

Se trata de un criterio de determinación de la sanción que, en primer lugar, agravará la responsabilidad del sujeto que realice conductas infractoras caracterizadas por una baja calidad de los servicios turísticos, siempre que ésta repercuta negativamente en el sector y en la imagen de Galicia como destino turístico, ya se produzcan mediante intrusismo profesional, ya por el trato incorrecto a los usuarios turísticos, ya por deficiencias graves en la prestación de los servicios, etc.

Para estos supuestos, dado el grado de los perjuicios y su trascendencia al ámbito de la promoción turística de Galicia, propongo subir dos tramos la sanción que resulte de la aplicación del baremo.

En segundo lugar, incluyo bajo este criterio los supuestos de utilización del distintivo “*pousada*”<sup>1187</sup>, previsto en la LTG para aquellos establecimientos de alojamiento turístico propiedad de la Administración turística de Galicia o que cumplan unas condiciones paisajísticas determinadas reglamentariamente<sup>1188</sup>. Considero que esta habilitación podría operar como circunstancia agravante por el daño causado a la imagen turística de Galicia, al tratarse de un distintivo de calidad que guarda una relación directa con las singularidades de nuestro

---

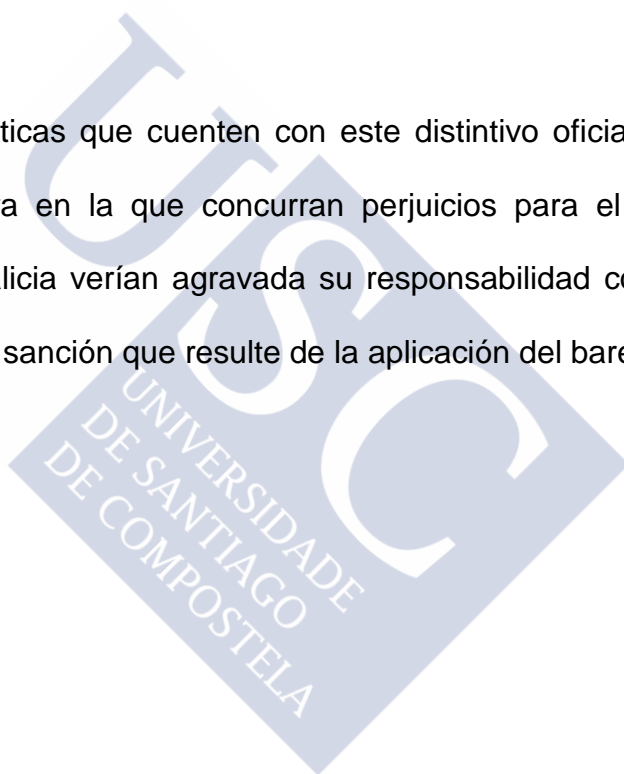
<sup>1187</sup> *Vid. supra* el apartado 7 del capítulo IV.2.1.1, sobre las *pousadas*.

<sup>1188</sup> Las condiciones para la concesión de este distintivo autonómico todavía no han sido objeto de desarrollo reglamentario.

país. Así las cosas, la utilización de este distintivo podría dar lugar a dos consecuencias en la determinación de la cuantía sancionadora:

1.- La utilización del término “*pousada*” por aquellas empresas de alojamiento turístico que carezcan de la oportuna concesión o habilitación administrativa conllevaría una subida de dos tramos sobre la sanción que resulte de la aplicación del baremo.

2.- Las empresas turísticas que cuenten con este distintivo oficial y cometan una conducta infractora en la que concurran perjuicios para el sector y la imagen turística de Galicia verían agravada su responsabilidad con la subida de tres tramos sobre la sanción que resulte de la aplicación del baremo.



#### **IV.2.4.10- Supuestos en los que la sanción de multa resulta más beneficiosa que el cumplimiento de la disposición infringida.**

Más que una circunstancia agravante estamos en presencia de un criterio rector<sup>1189</sup>, recogido expresamente por la LTG, cuya finalidad es evitar que el incumplimiento de la ordenación turística suponga un mayor beneficio para el sujeto infractor que su acatamiento: “Cuando la comisión de la infracción supusiera un resultado más beneficioso para la persona infractora que el cumplimiento de la norma vulnerada, se considerará esta circunstancia como agravante para la imposición de la sanción de multa en su grado máximo.”<sup>1190</sup>

La especial dificultad para fijar una cuantía que otorgue suficiente entidad a la sanción de multa dentro de su grado máximo<sup>1191</sup> y dé verdadera efectividad a este principio rector, esto es, que la consecuencia jurídica de la conducta prevalezca sobre el beneficio ilícito obtenido por el sujeto infractor, justifica la conveniencia de dejar su concreción en manos del órgano instructor, previa

---

<sup>1189</sup> Sostiene REBOLLO PUIG que el Derecho administrativo sancionador debe aspirar, “...no sólo a que no resulte beneficiosa la comisión de infracciones sino a que resulte verdaderamente perjudicial; es decir, que lo ideal no es simplemente que el infractor pierda sólo los beneficios ilícitos obtenidos sino bastante más pues de lo contrario todavía valdría la pena arriesgarse a ser sancionado.” REBOLLO PUIG, M., *op. cit.*, p. 172.

<sup>1190</sup> Artículo 116.2 de la Ley 7/2011.

<sup>1191</sup> El artículo 114 de la Ley 7/2011 establece los diferentes grados máximos para la sanción de multa en cada uno de los tres grupos de infracciones administrativas en materia turística: a) el grado máximo para las infracciones leves va desde los 601 euros a los 900 euros; b) el grado máximo para las infracciones graves va desde los 6.301 euros a los 9.000 euros; c) el grado máximo para las infracciones muy graves va desde los 63.001 euros a los 90.000 euros.

motivación y ponderación de su cuantía de forma proporcionada a las circunstancias de cada supuesto.



## CAPÍTULO V – ANÁLISIS DEL BAREMO SANCIONADOR BAJO LOS PRINCIPIOS DE LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO

“Si el Derecho penal constituía la Carta Magna del delincuente, se puede parafrasear a Von Liszt y decir que el Derecho administrativo sancionador es, entre otras cosas, la Carta Magna del administrado frente a la Administración que posee amplísimos poderes punitivos.”<sup>1192</sup>

La constitucionalidad de la potestad punitiva de las administraciones públicas está condicionada al reconocimiento de las garantías de los ciudadanos mediante la aplicación de límites al ejercicio de dicha potestad. Como señaló el Tribunal Constitucional los principios del ordenamiento penal sirven de límite al poder punitivo de la Administración y su aplicación será “íntegra en lo penal” y “matizada en lo administrativo”<sup>1193</sup>.

Una vez más, parto de la base de la unidad del *ius puniendi* estatal y, en consecuencia, coincido con las tesis que aplican a sus dos manifestaciones los mismos principios y garantías que amparen a los ciudadanos frente a cualquier procedimiento de carácter punitivo o represivo.<sup>1194</sup> Por consiguiente, la

---

<sup>1192</sup> GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, p. 90.

<sup>1193</sup> *Cfr.* BELTRÁN DE FELIPE, M., *op. cit.*, p. 77

<sup>1194</sup> NIETO GARCÍA hace referencia a la denominación empleada por la STS, de 9 de junio de 1986, como “principios valorativos o interpretativos que presiden el Derecho penal” a modo de “criterios técnico jurídicos comunes y unitarios” y realiza un análisis sobre la extensión de este concepto: primero, incluye a los principios constitucionales del orden penal (artículos 24 y 25), “en todo caso”, porque se consideran “principios comunes a todo el ordenamiento punitivo del Estado” y prevalecen sobre cualquier disposición del legislador; segundo, el concepto incluye

aplicación al Derecho administrativo sancionador de los principios que informan al inculpado en un proceso penal parte de la unión ontológica que conforman ambas disciplinas y se justifica en atención a dos de sus características: primero, el derecho administrativo sancionador también protege bienes jurídicos y, segundo, la sanción administrativa tiene un carácter puramente represor o de castigo, por la puesta en peligro o lesión de esos bienes, motivos por los cuales la naturaleza sancionadora del derecho administrativo se sobrepone a su ámbito material, puramente administrativo, para convertirlo en un derecho eminentemente punitivo.<sup>1195</sup>

En palabras de RANDO CASERMEIRO: “la potestad sancionadora no constituye, como se suele afirmar, una potestad más de la administración para la consecución de sus fines, sino que se trata de verdadero derecho sancionador, que por tanto ha de estar sometido a los principios del derecho punitivo antes que a los del derecho administrativo.”<sup>1196</sup>

---

también a los principios propios del Derecho penal que no hayan sido constitucionalizados, si bien “no prevalecerán sobre los específicos con rango de Ley”. Cfr. NIETO GARCÍA, A., *op. cit.*, pp. 166 y 167.

<sup>1195</sup> Cfr. RANDO CASERMEIRO, P., *La distinción...*, *cit.*, pp. 90-96. Más adelante, el autor expone tres “notas comunes” a las dos ramas *del ius puniendi* que lo integran en un único concepto y lo diferencian de otras disciplinas del ordenamiento jurídico como, por ejemplo, el “derecho civil sancionador”, en donde, por otra parte, la sanción o consecuencia jurídica no tiene una finalidad represiva sino resarcitoria: (1) “el interés público” afectado por la infracción penal o administrativa, el cual trasciende a los intereses particulares de las partes; (2) “la gravedad de las sanciones” que el *ius puniendi* prevé como consecuencias jurídicas por los ilícitos penales y administrativos; y (3), “su carácter altamente formalizado”, frente al poder de la autonomía de las partes del Derecho civil, por ejemplo. Cfr. RANDO CASERMEIRO, P., *La distinción...*, *cit.*, pp. 135 y 136.

<sup>1196</sup> RANDO CASERMEIRO, P., *La distinción entre...*, *cit.*, p. 95. El citado autor construye su tesis en torno al modelo de “fundamentos del Derecho penal” formulado por los profesores Díez Ripollés y Atienza Rodríguez, que reconocen cinco niveles de racionalidad para la “estructuración los problemas penales” y que RANDO CASERMEIRO utiliza para



Asumida esta tesis, opto por la aplicación de los principios del orden penal al baremo sancionador,<sup>1197</sup> razón por la que efectúo un análisis dogmático y jurisprudencial en torno a los principios más garantistas del derecho punitivo de modo que se pueda comprobar su adaptación.<sup>1198</sup> Junto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional,<sup>1199</sup> complementada en algún momento por sentencias del Tribunal Supremo, cito autores de estas dos ramas del Derecho público. En concreto, retomo a los autores ya mencionados en la primera parte de la tesis, completándolos con otros representantes de la doctrina científica

---

analizar las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador mediante el análisis de los principios informadores del *ius puniendi* desde la óptica de cada uno de los cinco niveles: “La capacidad de dicho modelo para ordenar dichos ámbitos de argumentación me parece uno de los intentos más prometedores de encauzar la discusión doctrinal sobre los fundamentos de la intervención penal. Son todas ellas causas que me decantan por adoptar al modelo como referencia para el tratamiento del problema de las relaciones entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador.” *Op. cit.*, p. 153. Los cinco modelos de racionalidad son los siguientes; *ético, teleológico, pragmático, jurídico formal y lingüístico*. *Vid. op. cit.*, pp. 154-158.

<sup>1197</sup> Como ya señaló GONZÁLEZ GRIMALDO en el año 1967, “Si el Derecho penal, desde Beccaría hasta nuestros días, se ha distinguido en la búsqueda incesante de su humanización, consagrando una serie de principios que tienen como finalidad primordial dignificarle (...), no parece justo, ni progresivo, que cuando se atribuyan a la Administración facultades sancionadoras, lo sea con detrimento de las garantías que el individuo tiene en la esfera penal, (...)” GONZÁLEZ GRIMALDO, M.-C., “Potestad sancionadora y carga de la prueba”, *RAP*, CEPC, núm. 53, mayo/agosto, 1967, p. 309.

<sup>1198</sup> La necesidad de cotejar cualquier instrumento de carácter sancionador, como el baremo propuesto a través de la presente tesis, con los “*principios jurídicos garantistas*” del Derecho penal deviene imprescindible dado su carácter “irrenunciable”, ya que son “producto del pensamiento penal y (...) se encuentran consagrados en la Constitución”, motivo por el que “cualquier estrategia político-criminal tiene que pasar el filtro de la garantía de estos derechos, sin que ese criterio de justicia pueda quedar suplantado en aras de la eficacia comprobada empíricamente.” GARCÍA RIVAS, N., *op. cit.*, p. 105.

<sup>1199</sup> *Vid.* MORENO FERNÁNDEZ, J.I., Los principios constitucionales de la potestad sancionadora a la luz de la jurisprudencia constitucional, en Lecciones de Derecho Tributario inspiradas por un maestro, tomo I, *liber amicorum* en homenaje a don Eusebio González García, Volumen 1, AA.VV., CRUZ DE QUIÑONES, L., directora académica, REGUEROS DE LADRÓN DE GUEVARA, S., PARDO CARRERO, G. y LONDOÑO GUTIÉRREZ, F., como coordinadores académicos, editorial Universidad de Rosario, UR-ICDT, Bogotá, 2010, pp. 106-126.

Siguiendo las pautas marcadas por doctrina y jurisprudencia, analizo los principios de legalidad, tipicidad, irretroactividad, proporcionalidad, responsabilidad o culpabilidad y *non bis in idem*, por resultar directamente afectados en la elaboración y posible aplicación práctica del baremo. Otros principios, sumamente importantes, como son la prescripción o la garantía del procedimiento, no voy a confrontarlos al baremo dada su menor relevancia con respecto a su aplicación. En el apartado relativo a la culpabilidad analizaré la presunción de inocencia, dada la relación directa entre ambos conceptos vía artículo 24.2 de la CE.

El objeto principal de esta tesis es la elaboración y presentación de un baremo sancionador, razón por la que no elaboro un análisis exhaustivo de dichos principios, sino que trato de verificar su efectivo cumplimiento por las diferentes partes del baremo, con el fin de acreditar su validez como método de determinación de las sanciones en materia de ordenación turística y su adaptación a los límites impuestos por el ordenamiento jurídico al *ius puniendi* estatal. Antes de preceder al análisis de cada principio, quiero reproducir el siguiente texto del profesor NAVARRO CARDOSO, referido al fenómeno de la “recepción por el Derecho administrativo sancionador” de los principios del orden penal, dada su claridad expositiva y encaje entre los fines y la justificación de este capítulo:

“...los principios son objetivos concretos que se trazan, encaminados a lograr la síntesis adecuada entre los dos fines del sistema jurídico-

sancionador, el de prevención y el de garantía, los cuales mantienen una relación conflictual entre sí. Dos consideraciones de naturaleza aclaratoria al respecto. En primer lugar, los fines hacen referencia al ideal último que se pretende alcanzar; son los ideales filosóficos. Pero, como tales no son operativos. Son los objetivos las concretas metas que se fijan para avanzar hacia la consecución de esos fines.

A diferencia de estos últimos, los objetivos sí se pueden concretar, en cuanto puede medirse si son realizados de manera efectiva. Los principios son objetivos en la medida en que es posible verificar el grado de consecución, se puede constatar si son alcanzados o no, si se cumplen o no, para lo cual debe observarse su fijación en una norma y su aplicación judicial. Además en cuanto objetivos a alcanzar –y esto es lo fundamental–, debe apreciarse un mínimo de cumplimiento, no sólo para la validez, sino también para la legitimidad de la intervención sancionadora, de ahí que pueda y deba recaer sobre todos ellos un juicio de verificación sobre su grado de cumplimiento y aplicación, a partir del cual se pueden legitimar, *prima facie*, las propuestas de reforma.”<sup>1200</sup>

---

<sup>1200</sup> NAVARRO CARDOSO, F., *op. cit.*, p. 29.

## V.1- El principio de legalidad

“Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.”<sup>1201</sup>

### V.1.1- Concepto y evolución

El “principio de intervención legalizada” tiene su fundamento político en el Estado liberal de Derecho, surgido gracias al desplazamiento de la monarquía absoluta por la Revolución Francesa<sup>1202</sup> en el siglo XVIII y las posteriores conquistas liberales acaecidas a lo largo del XIX<sup>1203</sup>. El Estado liberal estaba regido por el imperio de la ley, la división de poderes, el respeto a la legalidad

---

<sup>1201</sup> CEDH, artículo 7.1

<sup>1202</sup> La Revolución francesa aporta al Derecho administrativo el principio de juridicidad democrático, construido sobre la división de poderes y la defensa de la libertad e igualdad de todos los ciudadanos, así como la vinculación positiva de la Administración a la ley, especialmente en el ámbito de la intervención y limitación de los derechos de los ciudadanos; *vid.* BLANQUER, D., *op. cit.*, pp. 87-99.

<sup>1203</sup> *Vid.* también el libro de GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Revolución francesa y Administración contemporánea*, 4ª edición, Civitas, Navarra, reimpresión 2011. Sobre las bondades del principio de legalidad frente al Antiguo Régimen, destacaría este párrafo del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA: “La Ley en su estabilidad se opone a lo que la voluntad particular tiene de cambio, de aleatorio. De una parte lo arbitrario, el capricho, los saltos de humor del despotismo; de otra, la Ley estable y equitativa. La Ley que cuida el interés general, que defiende el bien público contra los intereses versátiles y contradictorios de los particulares. (...) El hombre libre no puede obedecer a otro hombre, no puede someterse más que a la Ley.” *Ibidem*, p. 22.

en la actuación administrativa y los derechos y libertades fundamentales como garantías del ciudadano<sup>1204</sup>.

VIVES ANTÓN, considera el principio de legalidad penal como “una *norma objetiva* de la Constitución, que limita las posibles fuentes del derecho penal reduciéndolas a la ley –«*praevia, scripta et stricta*»– y a la vez un derecho fundamental, o sea, una garantía del ciudadano, que no puede ser castigado sino en virtud de una ley de esas características.”<sup>1205</sup>

Según este autor, el principio de legalidad cumple tres funciones en el Derecho moderno: en primer lugar, constituye una “regla básica de la libertad negativa”, es decir, garantiza la libertad de los ciudadanos para realizar cualquier conducta que no esté prohibida por la ley; en segundo lugar, más allá de su capacidad como límite formal, opera como límite material al filtrar todo tipo de “concepciones morales y religiosas” ajenas a las condiciones precisas para lograr la convivencia social, es decir, “no todo tipo de conducta puede convertirse en materia de prohibición”; por último, en tercer lugar, interviene como “principio de racionalización del castigo” porque el Estado sólo debe castigar aquellas conductas que amenacen o lesionen los bienes jurídicos indispensables para la sociedad,<sup>1206</sup> es decir, tal y como describe el propio VIVES ANTÓN “...en el corazón mismo del principio de legalidad se halla

---

<sup>1204</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, pp. 135-145: “...en tanto se refiere a la intervención del poder punitivo estatal se le puede llamar principio de intervención legalizada.”

<sup>1205</sup> VIVES ANTÓN, T.S., Fundamentos del sistema... *cit.*, p. 730.

<sup>1206</sup> VIVES ANTÓN, T.S., Fundamentos del sistema... *cit.*, p. 725 y 726.

inscrito, naturalmente, otro: *el de intervención mínima o proporcionalidad en sentido amplio*.”<sup>1207</sup> Así entendido, más que como “punto de partida para la exposición de los principios penales”<sup>1208</sup>, podemos comparar el principio de legalidad penal con una columna sobre la que se vertebra todo el sistema punitivo en un Estado democrático de Derecho.

Así lo apreció el poder constituyente en 1978, que estableció los fundamentos del principio de legalidad penal, primero, en el artículo 1.1 de la CE, que define a España como un Estado democrático y de Derecho donde rige el imperio de la ley, fruto de la voluntad popular y, segundo, en el artículo 25 de la CE, que exige ley previa para condenar o sancionar por delitos, faltas o infracciones administrativas<sup>1209</sup>.

En relación al fundamento funcional, toda la doctrina científica, penal y administrativa, no duda en considerar a FEUERBACH como el autor de su formulación clásica: *Nullum crimen, nulla poena sine lege*<sup>1210</sup>.

---

<sup>1207</sup> *Ibidem*

<sup>1208</sup> *Op. cit.*, p. 730.

<sup>1209</sup> “La Ley previa permitía, en efecto, al ciudadano «saber a qué atenerse» en la confianza de que no se le iba a castigar por una conducta que de antemano no estuviera calificada como reprochable. Pero no se trataba sólo de esta garantía individual: es que gracias a ella se privaba a las autoridades de su potestad de imponer sanciones concretas al margen de la ley. Sancionar es, desde entonces, simplemente, aplicar la ley y, por tanto, el reproche únicamente puede realizarlo ella.” NIETO GARCÍA, A., *op. cit.*, p. 202.

<sup>1210</sup> FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, reimpresión da 14ª ed. de 1847, 1973, p. 41, *cit.* por MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, p. 145. CARBONELL MATEU pormenoriza la tesis de FEUERBACH de acuerdo con los postulados del Derecho penal vigente mediante el siguiente ejercicio de síntesis: “no hay delito sin una ley previa, escrita y estricta, no hay pena sin ley, la pena no puede ser impuesta sino en virtud de un juicio justo y de acuerdo con lo previsto por la ley, y la ejecución de la pena ha de ajustarse a lo

Del principio de legalidad penal, representado por el anterior axioma, el profesor HASSEMER deduce “cuatro estrictas instrucciones” dirigidas tanto al poder legislativo como al poder judicial y que informan los caracteres de la norma penal: *lex certa*, *lex praevia*, *lex scripta* y *lex stricta*.<sup>1211</sup>

Así, la legalidad penal conforma un principio complejo que (1) obliga al legislador a “formular sus normas con tanta precisión como sea posible (mandato de certeza: *lex certa*)”; (2) prohíbe al legislador y al juez penal “aplicar las leyes en forma retroactiva en perjuicio del afectado (prohibición de retroactividad: *lex praevia*)”; (3) exige al juez penal la aplicación exclusiva de una “ley escrita para condenar o agravar penas (prohibición del derecho consuetudinario: *lex scripta*); y proscribe al juez penal “aplicar el derecho penal en forma analógica en perjuicio del afectado (prohibición de analogía: *lex stricta*)”.<sup>1212</sup>

---

previsto en la ley y en los reglamentos; son los denominados principios de legalidad criminal, penal, procesal y de ejecución.” CARBONELL MATEU, J.C., *op. cit.*, p. 110. Asimismo, este autor, reconoce cuatro manifestaciones del principio de legalidad penal como expresiones características del Estado de Derecho: (1) reserva de ley (*lex scripta*); (2) prohibición de analogía (*lex stricta*); (3) prohibición de irretroactividad (*lex praevia*); y (4) principio *non bis in idem*. Para RODRÍGUEZ MOURULLO el principio de legalidad es “mérito” de Beccaria y Feuerbach y tiene un doble significado: “técnico-jurídico y político”. Así desde una perspectiva técnico-jurídica el principio de legalidad sirve a los fines de la pena, es decir, a través de su tipificación en la ley la pena cumple su función disuasoria; además, el principio de legalidad “...nació políticamente como garantía de los derechos de los ciudadanos y precisamente como medio para eliminar el arbitrio judicial, que imperaba en el Antiguo Régimen, por supuesto, bien distinto, del arbitrio judicial propio del Estado de Derecho.” RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *op. cit.*, pp. 280-281.

<sup>1211</sup> Cfr. HASSEMER, W., *op. cit.*, pp. 21-22.

<sup>1212</sup> *Ibidem*. Las garantías derivadas del principio de legalidad son recogidas en la STC 133/1987, de 21 de julio, y objeto de análisis en el manual del profesor GÓMEZ TOMILLO, que deduce de este principio, “...al menos, cuatro corolarios”: los principios de reserva de ley, taxatividad, la irretroactividad de las leyes penales y la prohibición de analogía. *Vid.* GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, pp. 100-227.



En palabras del profesor LORENZO SALGADO, "...inherente a las garantías criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución, que del principio de legalidad se derivan, es la exigida concurrencia –en cuanto que resulta consustancial a la vigencia real de las mismas- de una ley previa, escrita y estricta."<sup>1213</sup> Estas características tendrán, como principales consecuencias, la irretroactividad de la norma penal (*lex praevia*), la limitación de las fuentes del Derecho (*lex scripta*) y la prohibición de la aplicación analógica (*lex stricta*).

Además, en un Estado democrático de Derecho, el principio de legalidad encuentra una doble fundamentación: político criminal y político democrática. De esta manera, la publicidad legal de los delitos y las penas contribuye a la motivación de la sociedad para con la defensa de los principales valores de su ordenamiento jurídico, a la vez que otorga a los ciudadanos de dicha sociedad una protección y seguridad necesarias para garantizar su convivencia<sup>1214</sup>.

Para COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN el principio de legalidad, desde su formulación clásica hasta nuestros días, evolucionó de tal forma que ya no basta con enunciarlo como *nullum crimen sine lege* o *nulla poena sine lege*, porque el principio ha sido transmitido al ámbito procesal y penitenciario de modo que surgen las siguientes manifestaciones:

---

<sup>1213</sup> LORENZO SALGADO, J.M., "La vigencia del principio de legalidad en el Código Penal Español. (Especial referencia a la reforma de 25 de junio de 1983)" Coimbra, 1990, separata do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXIII, 1987, pp. 12 y 13; también en *Estudios Penales y Criminológicos, USC*, volumen XI, 1988, pp. 129-224.

<sup>1214</sup> Cfr. GARCÍA RIVAS, N., *op. cit.*, p. 69.

- 1- Principio de legalidad criminal.
- 2- Principio de legalidad penal.
- 3- Principio de legalidad procesal.
- 4- Principio de legalidad en la ejecución de las penas.<sup>1215</sup>

Así las cosas, de las anteriores manifestaciones del principio de legalidad penal deducimos la necesidad de acatar las siguientes garantías:<sup>1216</sup>

- 1- Garantía criminal o *nullum crime sine previa lege*, de la que se derivan los principios de reserva absoluta de ley<sup>1217</sup>, tipicidad y taxatividad penal<sup>1218</sup>, prohibición de analogía<sup>1219</sup> e irretroactividad de las normas desfavorables<sup>1220</sup>.

---

<sup>1215</sup> Cfr. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *op. cit.*, p. 68. En este mismo sentido, el profesor RODRÍGUEZ COLLAO utiliza el término “dimensiones “para exponer las proyecciones del principio de legalidad penal sobre el *ius puniendi* estatal: “dimensión criminal” (sobre el delito); “dimensión penal” (sobre la sanción); “dimensión procesal” (sobre el procedimiento); y “dimensión penitenciaria” (sobre la ejecución de la sanción). Cfr. RODRÍGUEZ COLLAO, L., *op. cit.*, p. 148.

<sup>1216</sup> Cfr. COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M., *op. cit.*, pp. 43-50.

<sup>1217</sup> Si examinamos a la ley penal desde un plano formal observamos que no se trata de una simple reserva de ley sino de una “reserva absoluta de ley orgánica”, tal y como se deduce de los artículos 25 y 81 de la Constitución, “de modo que ni las leyes ordinarias, ni los reglamentos, ni la legislación delegada, ni los decretos leyes, ni las ordenanzas, tampoco la potestad legislativa de las comunidades autónomas pueden con vocación de vigencia regular la materia penal sin incurrir en un vicio insubsanable de inconstitucionalidad.” COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M., *op. cit.*, p. 88.

<sup>1218</sup> La tipicidad y la taxatividad, que opera como “mandato de certeza”, conforman la vertiente material del principio de legalidad y su finalidad es garantizar la seguridad jurídica, aunque “en

2- Garantía penal o *nulla poena sine previa lege*, de la que se deriva la exigencia de determinación y concreción de las sanciones, dentro de unos límites mínimos y máximos y en relación con la conducta infractora.<sup>1221</sup>

3- Garantía jurisdiccional o *nulla culpa sine iudicio*, que conlleva la imposibilidad de ejecutar penas o medidas de seguridad sin una sentencia firme dictada por el órgano judicial competente predeterminado por la ley y de la que se deriva la preferencia del

---

última instancia, a evidentes razones de seguridad jurídica, se suma la idea de separación de poderes.” Cfr. GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, pp. 123-135. La taxatividad obliga al legislador penal a emplear “términos claros y precisos” en la redacción de los tipos infractores y a realizar “el mayor esfuerzo posible de concreción”. Cfr. CARBONELL MATEU, J. C., *op. cit.*, p. 131. La taxatividad otorga “eficacia” al principio de legalidad, ya que no es suficiente el cumplimiento formal mediante una norma con rango de ley si no se produce, simultáneamente, una “precisión nítida del hecho sancionado y de la pena correspondiente”. Cfr. RODRÍGUEZ COLLAO, L., *op. cit.*, p. 154.

<sup>1219</sup> Aunque gran parte de la doctrina española admite la analogía *in bonam partem*, COBO DEL ROSAL y QUINTANAR DÍEZ discrepan de esta tesis tanto por motivos de Derecho positivo (artículo 4 CP), como por la propia vigencia de la taxatividad penal. El fundamento de esta postura reside en el respeto al principio de división de poderes, que impide a los jueces y tribunales desarrollar funciones atribuidas por la Constitución al poder legislativo. Cfr. COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M., *op. cit.*, p. 76. Por su parte, GÓMEZ TOMILLO aboga por su aceptación porque desaparece la necesidad de proteger al ciudadano “frente al poder punitivo del Estado”. El fundamento de la prohibición de analogía, tanto en el ámbito penal como administrativo, reside en el principio de reserva de ley que, a modo de garantía, exige una tipificación lo suficientemente clara como para excluir “una decisión subjetiva y arbitraria de cada funcionario público”, de ahí que este autor aparte la analogía *in bonam partem* de la prohibición de analogía. Cfr. GÓMEZ TOMILLO, *op. cit.*, pp. 137-140. Diferente a la aplicación analógica es la denominada *interpretación extensiva*, es decir, “aquella que supone una intelección amplia de la norma, dando cobertura dentro de ella al máximo número de supuestos de hecho posibles, pero siempre dentro del marco trazado por su tenor literal, de modo que si se desborda éste se incide en la analogía.” *Ibidem* p. 136.

<sup>1220</sup> *Vid. ibidem*, pp. 141-163.

<sup>1221</sup> Cfr. COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M., *op. cit.*, pp. 43-50

orden penal sobre el administrativo sancionador y, en consecuencia, el principio *non bis in idem*<sup>1222</sup>.

- 4- Garantía ejecutiva o de legalidad en la ejecución penal, dado que el cumplimiento de la pena o medida de seguridad deberá ajustarse a la legalidad y bajo el control judicial correspondiente.<sup>1223</sup>

Por último, en el ámbito penal y en relación con “la crisis del principio de tipicidad” y “la decadencia del formalismo”<sup>1224</sup>, motivados por un exceso en la interpretación de los conceptos legales, VIVES ANTÓN propone la creación de un “amplio núcleo fijo” en cada precepto, es decir, “un núcleo que pueda aplicarse ciegamente<sup>1225</sup>, sin necesidad de interpretación y que incluya claramente unas constelaciones de casos y excluya, también con claridad, otras”, de manera que principios constitucionales como los de seguridad jurídica y legalidad penal mantengan su vigencia.<sup>1226</sup>

---

<sup>1222</sup> *Ibidem*.

<sup>1223</sup> *Ibidem*.

<sup>1224</sup> VIVES ANTÓN centra sus críticas a la nueva dogmática penal en el principio de taxatividad, ya que la utilización de “conceptos abiertos” y el recurso a la interpretación mediante “derivaciones de conceptos” implican su renuncia y provocan la desaparición del principio de legalidad. *Vid.* VIVES ANTÓN, T.S., Fundamentos del sistema..., *cit.*, pp. 764-770.

<sup>1225</sup> “*Ciegamente*” es una expresión que VIVES ANTÓN toma de la obra de Wittgenstein, L. (Investigaciones filosóficas, núm. 219). *Cfr.* Fundamentos del sistema..., *cit.*, p. 734.

<sup>1226</sup> Fundamentos del sistema..., *cit.*, p. 766.

En el campo administrativo, el principio de legalidad opera sobre las administraciones públicas condicionando su potestad normativa y ejecutiva.<sup>1227</sup>

Condiciona la potestad normativa porque impide la intervención reglamentaria de la Administración a la hora de determinar las infracciones y sanciones administrativas y condiciona la potestad ejecutiva porque también limita la aplicación del procedimiento sancionador para imponer las sanciones administrativas que correspondan a las conductas infractoras, debido a la exigencia de ley para el otorgamiento de potestad sancionadora a un órgano determinado.

En relación con el objeto de este trabajo, resulta muy interesante el desarrollo de este autor sobre el primer límite o condicionante citado ya que, la adaptación del principio de legalidad al ámbito del Derecho administrativo sancionador deriva en la admisión de cierto grado de *colaboración reglamentaria* con la ley, lo cual, según SUAY RINCÓN, requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos derivados del principio de taxatividad penal:

- Que se trate de *reglamentos ejecutivos*; es decir, reglamentos que son previamente habilitados por una ley, que desarrollan o ejecutan.

---

<sup>1227</sup> Cfr. SUAY RINCÓN, J., “La formulación del principio de legalidad en materia sancionadora y sus exigencias: una propuesta a partir del estado actual de la cuestión en la jurisprudencia”, en Justicia Administrativa, número extraordinario, “Infracciones, sanciones y procedimiento sancionador”, homenaje al profesor Alejandro Nieto, Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 11-17.

- Que la ley determine los elementos esenciales de la conducta antijurídica (prohibición de los tipos infractores *en blanco*), la naturaleza de las sanciones (multas, suspensión o retirada definitiva de licencia, pérdida de derechos económicos, etc.), y sus límites (cantidades máximas, duración, etc.).<sup>1228</sup>

---

<sup>1228</sup> Las leyes penales o sancionadoras *en blanco*, como técnica legislativa que proporciona una constante actualización de los tipos penales o administrativos, constituyen una amenaza a la vigencia del principio de legalidad ya que la norma legal se remite a otra de rango inferior (reglamento) a modo de complemento del tipo infractor. Encontramos abundantes ejemplos de “tipos infractores en blanco” en la LGT, especialmente en aquellas infracciones de carácter formal. Así, el artículo 109.2, letra a), tipifica como infracción administrativa leve en materia turística, “no disponer materialmente de los documentos *exigidos por la normativa turística* para el ejercicio de las actividades, así como no observar en dicha documentación *las condiciones exigidas*”; y el artículo 109.2, letra b), también califica como infracción administrativa leve, “incumplir el deber de exhibir los distintivos, carteles, lista de precios y documentación *exigida por la normativa turística*, así como exhibirlos *sin las formalidades requeridas*.”

El Tribunal Constitucional ha avalado el uso de leyes penales en blanco siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) el reenvío a normas de rango inferior debe ser expreso y estar justificado en relación al bien jurídico protegido; b) la norma legal debe recoger “el núcleo esencial de la prohibición”, de manera que se produzca una descripción de la conducta infractora lo suficientemente precisa y concreta. *Cfr.* COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M., *op. cit.*, pp. 85-87. En consecuencia, considero que el cumplimiento de estos requisitos permite la utilización de tipos infractores en blanco por el Derecho administrativo sancionador. Sin embargo, ambos autores rechazan la utilización de leyes penales en blanco en el ámbito penal: “La técnica de las leyes penales en blanco siempre y, en todo caso, vulnera el principio de legalidad en la medida en que la reserva absoluta de Ley orgánica impide cualquier remisión normativa.” COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR, DÍEZ, M., *op. cit.*, p. 86. Entre otras sentencias que recogen la citada jurisprudencia constitucional, SSTC 111/1993, de 25 de marzo; 372/1993, de 13 de diciembre; 53/1994, de 24 de febrero; 62/1994, de 28 de febrero; 74/1994, de 14 de marzo; 102/1994, de 11 de abril; y 24/1996, de 13 de febrero. Más recientemente, SSTC 34/2005, de 17 de febrero; 283/2006, de 9 de octubre; 181/2008, de 22 de diciembre; 97/2009, de 27 de abril; 101/2012, de 8 de mayo. En consecuencia, también se admiten en el ámbito del Derecho administrativo sancionador. En definitiva, la técnica de las normas penales en blanco se hace “absolutamente necesaria en nuestros días”, tanto en el Derecho penal como en el Derecho administrativo sancionador, porque, como manifiesta CARBONELL MATEU, “la amplitud de la regulación jurídica que se contiene sobre las más diversas materias sobre las que puede y debe pronunciarse el Derecho penal, imposibilita mantener el grado de exigencia de legalidad que se podría contemplar en el siglo pasado o incluso a principios de este. Hoy, cabe decir que desgraciada pero necesariamente, hemos de conformarnos con que la ley contemple el núcleo esencial de la conducta; con que, en definitiva, sea la ley, la voluntad general, la que disponga qué conductas están permitidas y qué conductas están prohibidas; las cuestiones de detalle han de quedar para normas de rango inferior.” CARBONELL MATEU, J. C., *op. cit.*, p. 124.



Esta interpretación, en la que se encuentran los principios de legalidad y de tipicidad, viene avalada por una larga lista de jurisprudencia constitucional que reconoce y subordina la *colaboración reglamentaria* al cumplimiento de las condiciones enunciadas anteriormente y que el propio Tribunal Constitucional denomina “*núcleo esencial de prohibición*”<sup>1229</sup>. Entre otras, podemos citar, las SSTC 42/1987, de 7 de abril; 3/1988, de 21 de enero; 61/1990, de 29 de

---

Sobre las normas penales en blanco en el ámbito penal, entre otros autores, *vid.* COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *op. cit.*, p. 75, y ABEL SOUTO, M., “Las leyes penales en blanco”, en Nuevo Foro Penal, Universidad EAFIT, tercera época, número 68, Medellín, 2005, pp. 13-30. Este último autor insiste en la posible quiebra del principio de legalidad en la utilización de las leyes penales en blanco porque, a pesar de constituir un “instrumento necesario” para la actualización de la ley penal, a veces su utilización mediante la remisión generalizada a normas reglamentarias “puede implicar una clara infracción del principio de legalidad, la seguridad jurídica y la división de poderes.” ABEL SOUTO, M., *op. cit.* pp. 21 y 22. Para GARCÍA RIVAS, el “límite infranqueable” de las normas penales en blanco es el *principio de taxatividad o determinación*, tal y como se desprende de la STC 127/1999, de 5 de julio, que respalda esta técnica legislativa. El principio de taxatividad opera como “garantía inherente al principio de legalidad penal”, es decir, como garantía de legitimación para el poder público (fundamento político-criminal) y como garantía de seguridad para los ciudadanos (fundamento político-democrático). Así, deducimos dos consecuencias derivadas de este principio: primero, en el ámbito del legislador (creación de la norma), es necesario aplicar una buena técnica legislativa que otorgue claridad a la conducta infractora dentro de la propia norma penal y, segundo, en el ámbito judicial (aplicación de la norma), la norma penal debería interpretarse dentro de la denominada “zona penal” y en el sentido más literal posible, con proscripción de la analogía o de una interpretación extensiva, es decir, más allá de las conductas tipificadas en la norma. *Cfr.* GARCÍA RÍVAS, N., *op. cit.*, pp. 71-74. En este sentido, la STC 100/2003, de 2 de junio, (FJ 4º) subraya la necesidad de determinar legalmente tanto las diversas clases de infracciones (leves, graves y muy graves), como los límites y graduación de las sanciones correspondientes. *Cfr.* GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, p. 128. Si estas son las notas que caracterizan al principio de taxatividad, que afecta tanto a delitos e infracciones como a penas y sanciones, ¿qué ocurre con la reciente incorporación al Código penal de la prisión permanente revisable? Con independencia de la probable contradicción de una pena “permanente”, como mínimo por 25 años, con el principio de humanidad de las penas y el papel reeducador asignado a las penas privativas de libertad, contrariedad que, por otra parte, ya se manifiesta en un código con penas de prisión de hasta 40 años de duración, ¿es compatible la introducción de una pena de prisión cuya duración está indeterminada con el mandato de certeza inherente al principio de taxatividad? ¿Ha realizado el legislador español el “máximo esfuerzo” en la concreción de esta pena? *Vid.* ABEL SOUTO, M., Cadena perpetua y..., *cit.*, pp. 1347-1366.

<sup>1229</sup> STC 127/1990, do 5 de julio, fundamento jurídico tercero.



marzo; 6/94, de 17 de enero; 132/2001, de 8 de junio<sup>1230</sup> y 25/2004, de 26 de febrero<sup>1231</sup>.

La jurisprudencia constitucional reconoce en el Derecho administrativo sancionador dos garantías derivadas del principio de legalidad penal: un límite material (ley previa y cierta) y un límite formal (no vale cualquier norma jurídica escrita, sino una norma con rango de ley)<sup>1232</sup>.

“En efecto, conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, que recuerda la STC 133/1999, de 15 de julio, FJ 2, “el derecho fundamental enunciado en el art. 25.1 CE extiende la regla *nullum crimen, nulla poena sine lege* al ámbito del ordenamiento administrativo sancionador (...) y comprende una doble garantía. La primera, de alcance material y

---

<sup>1230</sup> La sentencia 61/1990, de 29 de marzo establece unas directrices en materia de colaboración reglamentaria que resultarán claves para la justificación del baremo sancionador desde la perspectiva del principio de legalidad. Por esta razón la expongo con mayor detalle posteriormente, en el tercer epígrafe del presente capítulo.

<sup>1231</sup> BELTRÁN DE FELIPE cita esta última sentencia como paradigma de la eficacia limitada o relativa de la reserva de ley en el ámbito administrativo sancionador. En ella, el Tribunal Constitucional invoca “razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas, al carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en dicho ámbito y a otras consideraciones de prudencia y oportunidad.” (STC 25/2004, de 26 de febrero, F.J. 2º). *Cfr.* BELTRÁN DE FELIPE, M., *op. cit.*, pp. 84-85.

<sup>1232</sup> En definitiva, “este principio garantiza la imparcialidad del Estado, en tanto tiene que determinar de manera general, y antes de la ejecución del delito, las características del hecho prohibido y el castigo que cabe aplicar al responsable. (...) Es una garantía que se le da al ciudadano, en el sentido de que también el Estado tiene sus reglas de juego y de actuación limitadas.” RODRÍGUEZ COLLAO, L., *op. cit.*, p. 148. Sobre el principio de legalidad y su doble vertiente *vid.* SSTC núm. 42/1987, de 7 de abril; 101/1988, de 8 de junio; 69/1989, de 20 de abril; 219/1989, de 21 de diciembre; 61/1990, de 29 de marzo; 83/1990, de 4 de mayo; 127/1990, de 5 de julio, 207/1990, de 17 de diciembre; 341/1993, de 18 de noviembre; 6/1994, de 17 de enero; 145/1995, de 3 de octubre; 153/1996, de 30 de septiembre; 60/2000, de 2 de marzo; 132/2001, de 8 de junio; 25/2002, de 11 de febrero; 25/2004, de 26 de febrero; 242/2005, de 10 de octubre, 162/2008, de 15 de diciembre; 81/2009, de 23 de marzo.

absoluto, se refiere a la imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (lex previa) que permitan predecir con el suficiente grado de certeza (lex certa) dichas conductas, y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción; la otra, de alcance formal, hace referencia al rango necesario de las normas tipificadoras de dichas conductas y sanciones, toda vez que este Tribunal ha señalado reiteradamente que el término legislación vigente contenido en dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora".<sup>1233</sup>

Dicha jurisprudencia declara la validez de una ley ordinaria en el ámbito administrativo sancionador, ya que la ley orgánica tan solo se exige para aquellos supuestos en los que se vulnera un derecho fundamental o una libertad pública (penas privativas de libertad, en relación con el artículo 17 de la CE).<sup>1234</sup>

Más recientemente, el Tribunal Constitucional ha confirmado los siguientes matices en la aplicación de los principios de legalidad y tipicidad al Derecho administrativo sancionador:

---

<sup>1233</sup> STC 276/2000, de 16 de noviembre, fundamento jurídico sexto.

<sup>1234</sup> STC 25/1984, de 23 de febrero, fundamento jurídico tercero.

“La aplicación de la anterior doctrina al ámbito administrativo sancionador requiere no obstante, introducir algunos matices: el alcance de la reserva de Ley contenida en el art. 25.1 CE tiene, en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, una eficacia relativa o limitada, no pudiendo ser tan estricto como el que se aplica a los tipos y sanciones penales por distintas razones que atañen «al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas, bien por el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias» (...), bien «por exigencias de prudencia o de oportunidad que pueden variar en los distintos ámbitos de ordenación territoriales (....) o materiales». De este modo, el mandato del art. 25.1 CE aplicado al ámbito administrativo sancionador determina que es necesaria la cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal, pero no excluye que esa norma contenga remisiones a disposiciones reglamentarias, siempre que en aquélla queden suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer, de tal forma que quede totalmente excluido que las remisiones de la Ley al reglamento hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley (STC 104/2009, de 4 de mayo, F. 2 y 3 y jurisprudencia allí citada).”<sup>1235</sup>

---

<sup>1235</sup> STC 135/2010, de 2 de diciembre, fundamento jurídico cuarto.

### V.1.2- Fundamento constitucional<sup>1236</sup>

El principio de legalidad comprende aquellos “supuestos en que la propia Constitución somete la materia de que se trata al principio de legalidad”<sup>1237</sup>, como ocurre en su vertiente penal, recogida en el artículo 25.1 de la CE<sup>1238</sup>, cuya vulneración daría lugar a la tutela del Tribunal Constitucional<sup>1239</sup>, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 53 y 161 de la CE<sup>1240</sup>.

---

<sup>1236</sup> “El principio de legalidad no es algo propio del Derecho Penal que se traslada al Derecho Administrativo Sancionador, sino un elemento constitucional que se aplica directamente –es decir, sin intermediación alguna del Derecho penal– a las infracciones y sanciones administrativas, lo que explica las características propias de este ámbito.” NIETO GARCÍA, A., *op. cit.*, p. 27.

<sup>1237</sup> VIVES ANTÓN, T.S., *Fundamentos del sistema... cit.*, p. 713.

<sup>1238</sup> NIETO GARCÍA se suma a las críticas del profesor ARROYO por la redacción de este artículo, ya que resulta insuficiente para recoger todas y cada una de las manifestaciones y garantías derivadas del principio de legalidad penal, entre las que se encuentran: “la reserva absoluta de ley (...), la proscripción de la costumbre como fuente del Derecho, la prohibición de la analogía *in malam partem* y de la interpretación extensiva, la irretroactividad de las normas penales desfavorables para el reo, la determinación, certeza o taxatividad de las normas penales, la prohibición del *bis in idem*, la garantía jurisdiccional y la garantía de la ejecución penal.” NIETO GARCÍA, A. *op. cit.* p. 208. NIETO GARCÍA hace referencia expresa al estudio de ARROYO ZAPATERO, L., “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, publicado en la REDC, núm. 8, CEPC, mayo-agosto, 1983, pp. 9-46.

<sup>1239</sup> VIVES ANTÓN parte de la equivalencia entre el principio de legalidad penal con la reserva de ley exigida por la Constitución, con carácter general, para la regulación de los derechos fundamentales. El profesor analiza las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional y del TEDH: STC 140/1986, de 11 de noviembre; STC137/1997, de 21 de julio; STC 151/1997, de 29 de septiembre; y la STC 49/1999, de 5 de abril; STEDH de 6 de noviembre de 1980 (caso Guzzardi contra Italia); STEDH de 18 de febrero de 2003 (caso Bugallo contra España); STEDH de 22 de julio de 2003 (caso Gabarra Moreno contra España); STEDH de 4 de octubre de 2005 (caso Unsal Ozturk contra Turquía); y STEDH de 10 de octubre de 2006 (caso Pessino contra Francia). *Vid.* Fundamentos del sistema..., *cit.*, pp. 713-718. Sentencias más recientes del Tribunal Constitucional sobre posible vulneración del principio de legalidad penal, SSTC 199/2013, de 5 de diciembre; 196/2013, de 2 de diciembre; y 187/2013, de 4 de noviembre.

<sup>1240</sup> La protección del Tribunal Constitucional al ciudadano se extiende tanto ante las actuaciones del legislativo, mediante el recurso de inconstitucionalidad (artículo 53.1 y 161.1, letra a), de la CE), como ante las actuaciones de órganos jurisdiccionales, a través del recurso de amparo (artículo 53.2 y 161.1, letra b), de la CE). No obstante, el principio constitucional de legalidad no comprende aquellos supuestos de simple legalidad ordinaria cuya tutela compete a

De la redacción del artículo 25.1 CE<sup>1241</sup> deducimos que el principio de legalidad tiene vigencia en las dos manifestaciones del *ius puniendi* estatal, es decir, en el Derecho penal y en el Derecho administrativo sancionador. Lo mismo ocurre con la reserva de ley, que tiene un “sólido fundamento histórico”<sup>1242</sup> y, para la cual, el Tribunal Constitucional sí admitió ciertas modulaciones en el ámbito de las infracciones administrativas, concretamente en el término “*legislación*”, matices que se plasmaron por el legislador en la LRJPAC<sup>1243</sup> y que ofrecen la cobertura suficiente a la *colaboración reglamentaria*.<sup>1244</sup>

En este sentido, la doctrina mayoritaria denuncia la falta de concreción constitucional del principio de legalidad y la vaga e imprecisa redacción del término “*legislación vigente*” recogido por el artículo 25.1 de la Constitución.<sup>1245</sup>

RUIZ VADILLO, hace hincapié en la “función notarial” del legislador, al que le corresponde ir adaptando el derecho a los cambios transformados por la

---

la jurisdicción ordinaria y en los que el Tribunal Constitucional solo puede intervenir, vía recurso de amparo, si se vulnera algún derecho fundamental. *Cfr. ibidem*, pp.711-713

<sup>1241</sup> “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.”

<sup>1242</sup> “Tan amplio reconocimiento normativo parece poner de manifiesto que la exigencia de reserva de ley no es un capricho arbitrario. Sin que podamos profundizar en la materia, posee un sólido *fundamento histórico*, conexo con la necesidad de establecer coto a la capacidad del Estado de inferirse en la vida de los ciudadanos.” GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, p. 103.

<sup>1243</sup> Artículo 129.3 de la todavía vigente Ley 30/1992.

<sup>1244</sup> *Ibidem*.

<sup>1245</sup> *Cfr.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *op. cit.*, p. 175.

sociedad a lo largo del tiempo<sup>1246</sup> y opina, en relación con la falta de proclamación específica de este principio, que se trata de una ausencia puramente formal, ya que el artículo 25.1 recoge de forma expresa e “inequívoca” el concepto material del principio de legalidad.<sup>1247</sup>

En mayor medida, BAJO FERNÁNDEZ extiende los efectos del principio de legalidad a las garantías procesales del Derecho penal (juez ordinario predeterminado por ley, ser informado de la acusación, proceso sin dilaciones indebidas, medios probatorios pertinentes, presunción de inocencia, etc.), todas ellas recogidas en el artículo 24.2 de la Constitución y, desde este punto, continúa su aplicación cara al procedimiento sancionador, tomando como referencia el principio de legalidad del artículo 105, letra c), de la norma constitucional<sup>1248</sup>.

Además, estas garantías serán supervisadas por los tribunales de cada orden (penal o contencioso administrativo) gracias a lo dispuesto en los artículos 53 y 106 (al margen del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional).

En definitiva, el principio de legalidad lleva implícitos otros principios fundamentales para la aplicación del Derecho punitivo estatal y que, junto a él,

---

<sup>1246</sup> Cfr. RUIZ VADILLO, E., *El Derecho penal sustantivo y el proceso penal. Garantías constitucionales básicas en la realización de la Justicia*, Colex, Madrid, 1997, p. 30. Para este autor, un cambio legal en el ordenamiento jurídico induce a un previo cambio social.

<sup>1247</sup> Cfr. RUIZ VADILLO, E., *op. cit.*, p. 33.

<sup>1248</sup> Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M., *op. cit.*, pp. 12 y 13.

acabarán formando parte del ordenamiento jurídico positivo de las administraciones públicas.<sup>1249</sup>

Finalizo esta breve referencia al fundamento constitucional del principio de legalidad con la fórmula utilizada por la LRJPAC<sup>1250</sup> para su aplicación a la potestad sancionadora de las administraciones públicas:

“1. La potestad sancionadora de las Administraciones públicas, reconocida por la Constitución, se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de Ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en este título y, cuando se trate de entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en el título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local.

2. El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal o reglamentario.

3. Las disposiciones de este Título no son de aplicación al ejercicio por las Administraciones públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual.”

---

<sup>1249</sup> LRJPAC o norma con rango de ley que la sustituya.

<sup>1250</sup> Artículo 127 de la Ley 30/1992.



### V.1.3- Baremo sancionador y principio de legalidad

Uno de los problemas relacionados con el principio de legalidad consiste en delimitar las conductas ilícitas “de un modo que resulte suficientemente preciso para que los ciudadanos puedan programar sus acciones sin márgenes intolerables de inseguridad”<sup>1251</sup>, lo cual, llevado hasta sus últimas consecuencias, resulta irrealizable, porque “...exigiría un casuismo excesivo de las figuras delictivas y la utilización exclusiva de elementos descriptivos”.<sup>1252</sup>

Si interpretamos este principio desde la óptica de la tipicidad, obligaría a un esfuerzo del legislador que, en todos los casos, resultaría infructuoso dado el carácter inabarcable de las diferentes posibilidades de hecho existentes; es decir, este principio convertiría el Derecho punitivo estatal en una herramienta obsoleta e ineficaz, motivo por el que, en vez de realizar una función garantista o limitadora al servicio de los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos, pasaría a ejercer una labor degradadora del *ius puniendi* estatal, convirtiéndose en un aliado del ilícito.

Desde otra óptica, si no le exigimos al legislador una mínima determinación de los elementos del injusto y permitimos el reenvío masivo hacia otras normas de rango inferior, (tipificación por remisión, normas penales en blanco, etc.), el principio de legalidad desaparecería dando paso a una peligrosa indeterminación normativa que conllevaría, entre otras consecuencias, a una

---

<sup>1251</sup> VIVES ANTÓN, T.S., Fundamentos del sistema..., *cit.*, p. 777.

<sup>1252</sup> CEREZO MIR, J., Curso de Derecho Penal Español..., *cit.*, p. 206.

grave situación de indefensión de los ciudadanos frente a las administraciones públicas, propia de regímenes totalitarios donde no hay Estado de Derecho ni, por consiguiente, imperio de la ley.

No obstante, el Tribunal Constitucional ofrece un instrumento que puede proporcionar la necesaria flexibilidad como *matiz* para la integración de este principio en el Derecho administrativo sancionador; un elemento a medio camino entre la casuística más absoluta y la indeterminación normativa; me refiero a la ya citada *colaboración reglamentaria*<sup>1253</sup>.

La STC núm. 61/1990, de 29 de marzo<sup>1254</sup>, identifica el principio de legalidad mediante dos requisitos: el primero, de carácter material, como ley previa y cierta, lo que implica una determinación clara y exhaustiva de todas las conductas infractoras (manifestación de los principios de tipicidad y seguridad jurídica); y, el segundo, de carácter formal, por el que se exige una norma de rango legal. Sin embargo, el propio Tribunal reconoce dos excepciones:<sup>1255</sup>

- Por un lado, las normas preconstitucionales.
- Por otro, la *colaboración reglamentaria*.

---

<sup>1253</sup> Como indica GÓMEZ TOMILLO “La capacidad reglamentaria se ciñe al desarrollo legal”. Sobre la colaboración reglamentaria *vid.* GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, pp. 104-108.

<sup>1254</sup> STC 61/1990, de 29 de marzo, fundamento jurídico séptimo.

<sup>1255</sup> STC 61/1990, de 29 de marzo, fundamento jurídico octavo.

Así, sobre los requisitos del principio de legalidad, el fundamento jurídico séptimo de esta sentencia declara que:

“Partiendo del principio (STC 18/1981) de que la regulación de las sanciones administrativas ha de estar inspirada en los principios propios y característicos del Derecho Penal (doctrina también del T.S. y del TEDH), en ya numerosas Sentencias se ha declarado (...) que dicho principio comprende una doble garantía: la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial transcendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (lex previa) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (lex certa) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como ley en sentido formal, interpretando así los términos «legislación vigente» del art. 25.1 de la C.E., sin admitir, salvo casos o hipótesis de normas preconstitucionales, la remisión al Reglamento (SSTC 8/1981, 159/1986, 2/1987, 42/1987, 133/1987, 3/1988, 101/1988, 29/1989, 69/1989, 150/1989 y 219/1989).”

Continúa la sentencia señalando, en su fundamento jurídico octavo, que:

“Ciertamente es que esta garantía formal, repetimos, ha sido considerada a veces susceptible de minoración o de menor exigencia, no sólo en supuestos de normas sancionadoras preconstitucionales («no es posible exigir la reserva de Ley de manera retroactiva para considerar nulas e inaplicables disposiciones reglamentarias respecto de las cuales esa exigencia formal no existía antes de la Constitución»), según STC 219/1989, fundamento jurídico 2.º, sino también, caso de remisión de la norma legal a normas reglamentarias, si en aquélla quedan «suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica... y naturaleza y límites de las sanciones a imponer» (STC 3/1988, fundamento jurídico 9.º), como, en fin, en las situaciones llamadas de sujeción especial «aunque incluso en dicho ámbito una sanción carente de toda base legal devendría lesiva del derecho fundamental que reconoce el art. 25.1 de la Constitución» (STC 219/1989, fundamento jurídico 2.º). En todo caso, se dice en estas Sentencias, lo que prohíbe el art. 25.1 C.E. es la remisión al reglamento que haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, pero no la colaboración reglamentaria en la normativa sancionadora.”

Esta doctrina es recogida por el legislador estatal en la LRJPAC<sup>1256</sup> que dispone lo siguiente:

“Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes.”<sup>1257</sup>

GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, toman el concepto de la jurisprudencia constitucional, STC núm. 60/2000, de 2 de marzo, y definen la

---

<sup>1256</sup> Artículo 129.3 de la Ley 30/1992.

<sup>1257</sup> BELTRÁN DE FELIPE examina el precepto y deduce dos requisitos que habilitan la colaboración reglamentaria sin vulneración de la reserva de ley: (1) el carácter “estrictamente necesario” de la remisión legal; y (2), su dependencia o subordinación a la ley. Además, expone y analiza las SSTC 26/2005, de 14 de febrero, 54/2005, de 14 de marzo y 91/2005, de 18 de abril, como ejemplo de nulidad de una disposición administrativa que, en materia de venta de tabacos, operaba previa “mera cobertura legal” y vulneraba el principio de legalidad en su vertiente de reserva de ley. *Cfr.* BELTRÁN DE FELIPE, M., *op. cit.*, pp. 85-88. No obstante, dice el autor, la compatibilidad de la colaboración reglamentaria con el principio de legalidad debe confirmarse mediante un análisis específico del supuesto, *ad hoc*, es decir, sin recurrir a abstracciones: “Como es evidente, el problema de la necesaria habilitación legal de las infracciones y sanciones no puede ser abordado, ni resuelto, desde premisas generales. Las herramientas son las que se acaban de decir, y sólo esas: la ley no puede abdicar de su misión constitucional de regular sustantivamente lo sancionado, siéndole exigible que establezca un contenido o descripción mínima de las conductas infractoras y de las consecuencias sancionadoras. Habrá de ser a la vista del contenido de cada ley cuando se pueda decir si se ha respetado o no la reserva de ley.” *Op. cit.*, p. 88.

*colaboración reglamentaria* como “el desarrollo y precisión de los tipos previamente establecidos en la ley”<sup>1258</sup>.

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional declara inconstitucional la remisión en blanco a la norma reglamentaria y manifiesta la conformidad con el principio de legalidad del artículo 25.1 de la Constitución, “la mera previsión de normas reglamentarias que integren o completen el tipo legal de infracción administrativa. Esto significa que, nuestro Tribunal Constitucional, reconoce la posibilidad de establecer, mediante la potestad reglamentaria, el desarrollo y precisión de los tipos infractores recogidos por la norma legal. Es aquí donde justifico la adaptación del baremo sancionador en materia de ordenación turística al principio de legalidad, porque este baremo simplemente establece una graduación de las conductas infractoras, atendiendo a su grado de lesividad con respecto a los bienes jurídicos protegidos previamente por el legislador en la LTG.”<sup>1259</sup>

COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, después de examinar el “principio general de legalidad”, establecen una serie de requisitos que debe cumplir toda norma jurídica que, “racionalmente”, pretenda restringir o limitar derechos de los ciudadanos frente a los poderes públicos:

---

<sup>1258</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *op. cit.*, p. 176.

<sup>1259</sup> El principio de lesividad resulta una pieza clave para la elaboración del baremo, especialmente en la graduación de las diversas escalas de supuestos infractores, ya que, como dice RANDO CASERMEIRO, se trata de un principio penal cuya aplicación al Derecho administrativo sancionador debiera efectuarse “sin matices” y, “sin embargo, se trata de un principio muy descuidado”. *Cfr.* RANDO CASERMEIRO, P., *La distinción...*, *cit.*, pp. 161 y 162.

- Su *origen* debe residir en la propia comunidad.
- Su *contenido* debe ser igual para todos los ciudadanos.
- Su *forma* debe ser inteligible para cualquier ciudadano.<sup>1260</sup>

Al interpretar el principio de legalidad penal formulado por BELING, que distinguió el “tenor literal” de su “significado esencial”, estos autores establecen un desdoblamiento del principio entre la reserva de ley (“tenor literal”), que rige de un modo absoluto, y la determinación normativa de los delitos y las penas (“significado esencial”), que se debe caracterizar por su claridad y por su carácter taxativo.<sup>1261</sup>

Si llevamos esta interpretación penal al Derecho administrativo, concretamente al sector turístico, el denominado “tenor literal” del principio de legalidad estaría representado por la correspondiente ley cabecera de la ordenación turística de nuestra comunidad,<sup>1262</sup> mientras que el “significado esencial” estaría constituido por el baremo sancionador que, a través del respeto a los requisitos de la *colaboración reglamentaria* (jurisprudenciales y científicos) ya expuestos,

---

<sup>1260</sup> Cfr. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *op. cit.*, pp. 69-71.

<sup>1261</sup> *Ibidem.*

<sup>1262</sup> Como señalé al comenzar este trabajo, la comunidad autónoma de Galicia tiene competencias exclusivas para la ordenación y promoción del turismo en su territorio, de acuerdo con los artículos 148.1.18 de la Constitución española y 27.21 de su Estatuto de Autonomía, aprobado por Ley orgánica 1/1981, de 3 de abril. Durante la elaboración de este trabajo, la ley que preside la ordenación turística gallega es la Ley 7/2011, de 27 de octubre, del turismo de Galicia.



se convertiría en una norma jurídica que garantizase a los ciudadanos, con claridad y exhaustividad, un mismo tratamiento por la Administración en el uso de su potestad sancionadora.

El respeto del baremo sancionador a los fundamentos material y formal del principio de legalidad es evidente, desde el momento en que se hace referencia expresa a todos y cada uno de los tipos infractores recogidos en la ley de ordenación turística, de los que se deducen las diferentes conductas infractoras (casuística), para la individualización gradual de las sanciones teniendo en cuenta, como criterios de graduación, las circunstancias, recogidas por el legislador en la ley y, como límites, la duración y cuantías máximas determinadas también en dicha norma.<sup>1263</sup>

Como expresa la sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de febrero de 2004, que recoge la jurisprudencia constitucional sobre la *colaboración reglamentaria*:

“Y tampoco se incurre en la alegada vulneración del principio de legalidad por defecto de rango de la norma tipificada, puesto que la remisión a normas de otro rango que complementan la tipificación de la infracción no es contraria al principio de legalidad, siempre que los trazos esenciales de la conducta prohibida se encuentren en una norma de rango legal (art. 129.3 de la Ley 30/1992 que alega la actora como

---

<sup>1263</sup> De esta forma el baremo respeta el principio de legalidad del *ius puniendi* en su vertiente más estricta, la taxatividad.

infringido; entre la abundante jurisprudencia constitucional, puede citarse la STC 25/2002, de 11 de febrero...)."

Dentro de la tipología prevista para las normas reglamentarias por la Ley 1/1983, de 22 de febrero, esta *colaboración reglamentaria* podría revestirse, primero, con la formalidad que ofrece un decreto de la Xunta (norma jurídica encargada del desarrollo directo de las leyes autonómicas) y, segundo, con la flexibilidad de una orden emitida por la persona titular de la consellería competente, de carácter menos formal y, por consiguiente, más ágil y eficaz para acoger las futuras modificaciones de la ley.<sup>1264</sup>

A modo de conclusión, de conformidad con el análisis del principio de legalidad, considero que la aprobación y posterior aplicación del baremo sancionador en materia de ordenación turística no requiere una norma con rango de ley, porque cumple tres condiciones esenciales en cuanto a su *origen*, derivado de

---

<sup>1264</sup> Artículo 39 de la Ley 1/1983, de 22 de febrero, de normas reguladoras de la Xunta y su presidencia (DOG núm. 23, de 21/03/1983). Cualquier instrumento punitivo que pretenda corregir los desequilibrios o deficiencias acaecidas en el seno de un expediente sancionador necesita el revestimiento formal de una norma administrativa que le asigne un espacio concreto dentro del orden jurídico y un carácter preceptivo. Sin embargo, un baremo sancionador necesita también flexibilidad para cumplir sus objetivos con eficacia, por lo cual considero idónea a una norma con rango de orden, primero, porque tiene rango de disposición administrativa y, segundo, por la sencillez de los trámites previstos por el Derecho administrativo para su aprobación y modificación. Así, al margen de que sea o no necesaria la incorporación a la LTG de una disposición adicional para habilitar este sistema de graduación sancionadora y la aprobación de un decreto por la Xunta de Galicia que recoja su justificación, a modo de fundamentos jurídicos, atribuya las competencias para su creación y aplicación y, en definitiva, actúe de puente entre este instrumento y la LTG, considero que el contenido esencial del baremo (tablas, conductas, escalas, circunstancias y criterios de graduación), debería adoptar la forma de orden, dictada por la consellería a la que el decreto atribuya las competencias para su desarrollo y aplicación.

la ley, su *contenido*, acorde con las exigencias del principio, y su *fin*, legítimo y al servicio de los intereses generales:

- El baremo tiene su *origen* en el ámbito de la *colaboración reglamentaria* y se fundamenta, única y exclusivamente, en la correspondiente ley cabecera de la ordenación turística de Galicia de la que toma, de forma literal y expresa, las infracciones, sanciones y circunstancias modificativas de la responsabilidad administrativa.
- Su *contenido* se caracteriza por la claridad de su metodología, gracias a la flexibilidad que aportan sus tablas, niveles, cuadros y escalas, el carácter taxativo de las diferentes conductas, y su publicidad, ya que el baremo, como instrumento de determinación sancionadora, debería publicarse, primero, como disposición administrativa, en el Diario Oficial de Galicia y después, en el portal de la transparencia correspondiente a la página web de la agencia Turismo de Galicia, donde debería permanecer a los efectos de facilitar su consulta por cualquier ciudadano.
- Por último, su *fin* consiste en evitar la disparidad de criterios en el seno de la Administración turística autonómica, promoviendo la igualdad de trato a todos los ciudadanos de forma compatible con la desconcentración de la potestad sancionadora entre los diferentes órganos administrativos territoriales.

## V.2- El principio de tipicidad

“Va de suyo que la tipicidad como manifestación *sui generis* del principio de legalidad en el ámbito potestad sancionadora de las Administraciones Públicas frena cualquier veleidad hermenéutica que conduzca a la extensión por analogía de las figuras definidas como infracciones, más allá de sus límites estrictos.”<sup>1265</sup>

### V.2.1 Concepto y evolución

La tipicidad como principio del *ius puniendi* estatal demanda al legislador una descripción clara y precisa<sup>1266</sup> de cada una de las conductas antijurídicas recogidas en la ley penal, así como en aquellas otras leyes administrativas de naturaleza sancionadora<sup>1267</sup>. Su formulación dogmática en el Derecho penal, como descripción objetiva o “valorativamente neutra”, corresponde a BELING

---

<sup>1265</sup> Auto núm. 72/1993, de 1 de marzo, del Tribunal Constitucional (fundamento jurídico primero).

<sup>1266</sup> Claridad y precisión son características que deben acompañar a la descripción de las conductas infractoras como consecuencia del principio de taxatividad que, en su manifestación legislativa, opera como *microprincipio* de la tipicidad penal, a su vez, dentro del *macroprincipio* de legalidad. Sobre la taxatividad *vid. supra* nota a pie de pág. núm. 1128 a propósito del principio de legalidad y las normas penales en blanco.

<sup>1267</sup> “...se trata de la exigencia de que la norma, al margen del rango que tenga, describa de forma precisa todos los elementos de la conducta infractora y de la medida sancionadora que se anuda a su comisión, de manera que los ciudadanos puedan conocer qué es objeto de castigo y qué no lo es.” BELTRÁN DE FELIPE M., *op. cit.* (II), pp. 9-70. Para el Tribunal Constitucional tipicidad y taxatividad son denominaciones de un mismo principio, *lex certa*, que exige al legislador el “máximo esfuerzo posible” en la consecución del “suficiente grado de certeza” de las conductas infractoras y sus consecuencias sancionadoras de modo que impida una “decisión libre y arbitraria del intérprete y juzgador” (SSTC 100/2003, de 2 de junio, FJ 3º; 62/1982, 15 de octubre, FJ 7º; 116/1993, de 29 de marzo, FJ 3º; STC 34/1996, de 11 de marzo, FJ. 5º), *Cfr. op. cit.*, pp. 9 y 10.

(*Tatbestand*), aunque desde posiciones neokantianas se concibe como *tipo de injusto* y, por consiguiente, debe delimitar cada uno de los delitos en atención a sus “características determinantes de injusto”<sup>1268</sup>.

Durante la inauguración del curso académico de 1931 a 1932, en la Universidad de Madrid, JIMÉNEZ DE ASÚA dedicó su discurso a la teoría jurídica del delito y incluyó a la tipicidad dentro de los tres requisitos que componen la “esencia técnico-jurídica del delito”<sup>1269</sup>.

En su discurso, JIMÉNEZ DE ASÚA describió la progresiva aproximación entre tipicidad y antijuridicidad dentro de la evolución de la teoría jurídica del delito<sup>1270</sup>; desde la tesis de BELING en 1906, en la que ambos conceptos aparecen nítidamente separados, pasando por MAYER, defensor de la existencia de indicios de antijuridicidad en los tipos penales, hasta las tesis de

---

<sup>1268</sup> Así, en relación directa con el *tipo de injusto*, surge el concepto de *bien jurídico protegido* y los diversos grados de peligro o lesión, como *contenido de injusto*, es decir, como “fundamento de la infracción en cuanto que su lesión efectiva o su puesta en peligro determina el contenido desvalorativo de lo injusto penal.” COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M., *op. cit.*, p. 123. De esta manera, podemos distinguir entre delitos de lesión (efectiva) del bien jurídico protegido, de los delitos de peligro, ya se produzca un peligro abstracto o concreto sobre ese bien. *Vid. op. cit.*, pp. 122-146.

<sup>1269</sup> Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad son los tres elementos que la conforman, tal y como describe el citado autor. *Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., op. cit.*, pp. 29 y 30.

<sup>1270</sup> Sobre la relación entre tipicidad y antijuridicidad *vid.* también GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, pp. 365-375, que diferencia y relaciona ambos conceptos y define la antijuridicidad como el juicio “por el cual se determina si un comportamiento es o no conforme con el ordenamiento jurídico”, o, con otras palabras, “la relación contradictoria entre una conducta y la norma jurídica.” GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, p. 365.

BINDING y del injusto típico de MEZGER<sup>1271</sup>. Esta aproximación gradual hacia el *tipo de injusto* motivó, entre otras consecuencias, la revisión de la “primitiva tesis belingniana” por su autor en 1930<sup>1272</sup>.

JIMÉNEZ DE ASÚA no aceptó la identificación entre tipicidad y antijuridicidad<sup>1273</sup> y defendió su separación, ya que “la pura doctrina del tipo” consiste en una mera descripción objetiva de la conducta delictiva, sin alusión a elementos subjetivos, ni normativos, razón por la que “antijuridicidad y culpabilidad son caracteres distintos”<sup>1274</sup>. Sin embargo, reconoció “formas anormales de tipicidad” en las que se introducen elementos normativos de la antijuridicidad o elementos subjetivos de la culpabilidad<sup>1275</sup>, por lo que, al final, propuso la distinción entre *tipos normales*<sup>1276</sup>, aquellos que sólo contienen la descripción objetiva del delito, y *tipos anormales*, en los que, además de comprobar la correspondencia de la conducta con la descripción objetiva del

---

<sup>1271</sup> Mientras que para BINDING la tipicidad comprende a la antijuridicidad, “embebida en el tipo culpable”, en la tesis de MEZGER toda conducta típica es antijurídica salvo que concurra alguna causa de justificación que excluya la antijuridicidad. Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *op. cit.*, pp. 37-39.

<sup>1272</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, p. 39-41.

<sup>1273</sup> “Yo no puedo compartir la moderna posición de Mezger, porque todas las importantes consecuencias forenses que después veremos que el tipo encierra, quedarían completamente anuladas si no distinguiéramos de una manera terminante tipicidad y antijuridicidad.” *Op. cit.*, p. 39.

<sup>1274</sup> Cfr. *op. cit.*, pp. 52-55.

<sup>1275</sup> Ejemplo de un elemento normativo del tipo sería el párrafo “fuera de los casos permitidos por la Ley”, en el tipo correspondiente al delito de detención ilegal, y ejemplo de un elemento subjetivo del tipo sería la exigencia de “ánimo de lucro” en el delito de hurto. *Op. cit.*, p.53-56.

<sup>1276</sup> En ellos el legislador describe exclusivamente la conducta, sin utilizar elementos normativos, ni subjetivos. *Op. cit.*, p. 59.

tipo, es necesario comprobar aspectos relacionados con la antijuridicidad y la culpabilidad.<sup>1277</sup>

Por otra parte, el principio de tipicidad mantiene un fuerte vínculo con el principio de legalidad, de forma que no resulta sencillo analizar la tipicidad al margen de ese principio, porque la tipicidad es una exigencia derivada de la perspectiva material del principio de legalidad que consiste en la predeterminación normativa de los tipos y de las sanciones correspondientes con independencia de su rango normativo.<sup>1278</sup>

Así, en primer lugar, la ley determina qué conductas constituyen infracción administrativa y, después, atribuye a cada una de tales infracciones la sanción correspondiente.<sup>1279</sup>

---

<sup>1277</sup> “Insisto, pues, en que hay dos géneros de tipos: los normales, constituidos por la simple descripción objetiva, y los anormales, en que junto a la descripción propia se encuentran elementos normativos y subjetivos.” *Op. cit.*, p. 60.

<sup>1278</sup> *Cfr.* SUAY RINCÓN, J., *op. cit.*, pp. 19-22. En este mismo sentido, NIETO GARCÍA, para quien la tipicidad es la vertiente material del principio de legalidad penal, en contraposición con su aspecto formal de reserva de ley. Este “mandato de tipificación”, “principio de determinación” o “principio de taxatividad”, se corresponde con el mandato de *lex certa* y su fin no es otro que el reducir la posible discrecionalidad en la interpretación y aplicación del Derecho mediante una determinación precisa de las conductas infractoras y sus consecuencias punibles. *Cfr.* NIETO GARCÍA, A., *op. cit.* p. 297.

<sup>1279</sup> “En realidad se trata, por tanto, de un doble mandato, (...), aunque con frecuencia se reserva la expresión «tipificación» (entendida en sentido estricto) para las infracciones, dado que en las sanciones la norma no tipifica propiamente sino que se limita a «atribuir» una consecuencia determinada.” NIETO GARCÍA, A., *op. cit.*, p. 303. Para el profesor NIETO GARCÍA el mandato de tipificación se desenvuelve en dos niveles: a) el “nivel normativo”, es decir, “la exigencia de que una norma describa los elementos esenciales de un hecho”, sin la cual ninguna conducta antijurídica podría denominarse infracción; b) y el “nivel aplicativo”, esto es, “la exigencia de que el *hecho concreto* imputado al autor se corresponda exactamente con el descrito previamente en la norma”. (...) Como es obvio, resulta materialmente imposible describir en la norma con absoluta precisión los hechos declarados infracción. (...) Ante esta discordancia debe el operador jurídico decidir si procede, o no, la subsunción de los hechos



Como advierte VIVES ANTÓN, “los derechos a la libertad y a la seguridad, que el principio de legalidad tutela, descansan sobre la base de que la ley penal se halle formulada con toda la claridad y exactitud que el lenguaje común permite.”<sup>1280</sup>

Tal y como señala el Tribunal Constitucional, “...la garantía de determinación tiene como precipitado y complemento la tipicidad, que impide que el órgano sancionador actúe frente a comportamientos que se sitúan fuera de las fronteras que demarca la norma sancionadora.”<sup>1281</sup> Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo trató de deslindar ambos principios otorgándole substantividad propia al de tipicidad.

Entre otras, la sentencia de 20 de diciembre de 1989 declara lo siguiente:

---

reales en el tipo normativo abstracto. A tal efecto rigen aquí dos reglas hermenéuticas: la analogía no es lícita y no cabe la subsunción de hechos concretos en los que falte algún elemento «esencial» del tipo. *Op. cit.*, p. 306. Sobre la imposibilidad de tipificar las conductas infractoras con absoluta precisión y exhaustividad *vid.* la parábola del perro, el oso y los piojos que el profesor NIETO GARCÍA toma de “los libros alemanes de teoría general del Derecho” y expone en la RAP núm. 162, CEPC, septiembre-diciembre, 2003, pp. 528 y 529. En consecuencia, NIETO GARCÍA aboga por la colaboración reglamentaria para auxiliar la “incapacidad real de tipificación exhaustiva” que emana del propio principio de tipicidad y reserva de ley y, siempre que el tipo alcance un “mínimo de precisión”, admite el recurso a los conceptos jurídicos indeterminados así como a otros conceptos cuya delimitación otorgue cierto margen de apreciación al operador jurídico. *Cfr.* NIETO GARCÍA, A. *op. cit.*, pp. 306-308.

<sup>1280</sup> VIVES ANTÓN, T.S., Fundamentos del sistema... *cit.*, p. 731. Pero no sólo con el principio de legalidad, ya que, como declara la STC 62/1982, de 15 de octubre, en su fundamento jurídico séptimo, letra C, el principio de tipicidad está “íntimamente conectado con el principio de seguridad jurídica”. *Ibidem.*

<sup>1281</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 120/1996, de 8 de julio, fundamento jurídico octavo.

“Los conceptos de legalidad y tipicidad no se identifican, sino que el segundo tiene un propio contenido, como modo especial de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la Ley, pero para la tipicidad se requiere algo más, que es la precisa definición de la conducta que la Ley considere pueda imponerse, siendo en definitiva medio de garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica y de hacer realidad junto a la exigencia de una *lex previa*, la de una *lex certa*.”<sup>1282</sup>

Volviendo al fundamento formal de la legalidad y con respecto a las infracciones administrativas, el principio de tipicidad exige que la ley recoja “todos y cada uno de los elementos que componen la conducta incriminable”, si bien el citado autor hace dos matizaciones avalado por la jurisprudencia constitucional:

- Los *conceptos jurídicos indeterminados*: entre otras, las SSTC, núm. 69/1989, de 20 de abril y 219/1989, de 21 de diciembre, los admiten con ciertas restricciones, esto es, como último recurso y siempre que no haya otra alternativa.<sup>1283</sup>

---

<sup>1282</sup> STS de 20 de diciembre de 1989, fundamento jurídico tercero. En palabras del profesor NIETO: “... si con la ley previa se les había cercenado la facultad de crear infracciones y sanciones, con la ley cierta se trataba de evitar, además, que pudiesen operar con excesivo margen personal en la aplicación de la norma ya que cuanto más precisa es una ley, de menos margen dispone el intérprete y el operador jurídico.” NIETO GARCÍA, A., *op. cit.*, p. 202.

<sup>1283</sup> Para los profesores COBO DEL ROSAL y QUINTANAR DÍEZ el abuso de conceptos jurídicos indeterminados en la ley penal supone una quiebra de los principios de taxatividad y seguridad jurídica porque “erigen al juez en legislador” en detrimento del principio de

- La remisión a otras normas jurídicas no sancionadoras: las SSTC núm. 207/1990, de 13 de noviembre y 117/1993, de 29 de marzo, entre otras, contemplan dicha remisión, incluso cuando se efectúa hacia normas de rango inferior.

Para BELTRÁN DE FELIPE, la interpretación del Tribunal Constitucional sobre este principio reconoce “tres matizaciones de importancia”: a) la materia deontológica o disciplinaria<sup>1284</sup>; b) los conceptos jurídicos indeterminados<sup>1285</sup>; y c) las normas penales en blanco<sup>1286</sup> o la tipificación por remisión<sup>1287</sup>.

---

separación de poderes y “en relación con el principio de legalidad e igualdad que inspiran cualquier Derecho penal mínimamente evolucionado.” COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M., *op. cit.*, p. 84.

<sup>1284</sup> *Vid.* STC 219/1989, de 21 de diciembre, fundamentos jurídicos 2º y 3º. *Vid.* también el análisis de BELTRÁN DE FELIPE, que repasa la evolución de la jurisprudencia constitucional sobre las relaciones de sujeción especial y destaca su falta de “rango o carácter constitucional”, razón por la cual los derechos de los ciudadanos frente a las sanciones impuestas por las administraciones públicas en el seno de estas relaciones pueden ser matizados pero nunca suprimidos o anulados (SSTC 61/1990, de 29 de marzo; 132/2001, de 8 de junio; y 26/2005, de 14 de febrero). *Cfr.* BELTRÁN DE FELIPE, M., *op. cit.* (II), pp. 16-20.

<sup>1285</sup> *Vid.* STC 69/1989, de 20 de abril, fundamento jurídico primero. Como señala BELTRÁN DE FELIPE, los conceptos jurídicos indeterminados son un instrumento “completamente indispensable en la técnica legislativa”, motivo por el que su aceptación en el Derecho administrativo sancionador es pacífica, tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia, “la cuestión está en el nivel de determinación”, es decir, en el grado de determinación o certeza aportado por el concepto integrado en el tipo penal o infractor. *Cfr. ibidem*, p. 13.

<sup>1286</sup> GÓMEZ TOMILLO las define en el ámbito sancionador como “...hipótesis en las que el supuesto de hecho no se encuentra plenamente descrito en una norma con rango de Ley, sino que precisa indefectiblemente el concurso de un reglamento.” GÓMEZ TOMILLO, M. *op. cit.*, p. 114.

<sup>1287</sup> *Op. cit.* pp. 11-20. El autor analiza la doctrina constitucional sobre las normas penales en blanco y la “tipificación por remisión” (entre otras sentencias del Tribunal Constitucional, núm. 207/1990; 341/1993; y 60/2000), también llamadas “*cláusulas omnicomprendivas*” por el profesor PEMÁN GAVÍN, y condiciona su validez a la previa determinación legal de su antijuridicidad, es decir, que los deberes se recojan en una norma de rango legal con anterioridad a su tipificación. Este criterio es aplicado por el artículo 109 de la Ley 7/2011 que, en sus apartados 2º y 10º, acude a la tipificación por remisión mediante la cobertura de una norma legal: núm. 2º, “Incumplir las obligaciones formales expresamente impuestas por esta ley

En el ámbito de las sanciones administrativas, SUAY RINCÓN demanda una tipicidad legal precisa, es decir, que incluya tanto su naturaleza como sus límites. También se deberían recoger todas las circunstancias que determinen la individualización de la sanción a cada hecho infractor, es decir, las circunstancias modificativas de la responsabilidad.<sup>1288</sup> Todas las exigencias anteriores, en materia de infracciones y sanciones, con los matices reconocidos para el ámbito administrativo, son respetadas por la vigente ordenación turística gallega, tal y como expongo en el apartado tercero de este epígrafe.

Por último, quiero recordar que no es suficiente con que la ley correspondiente haga referencia a los tipos infractores y sanciones si, a continuación, la clasificación en atención a su gravedad se realiza por una norma de rango inferior, en régimen de *colaboración reglamentaria*. El artículo 129, de la

---

y por sus disposiciones de desarrollo”; núm. 10º, “Cualquier otro incumplimiento de las obligaciones expresamente impuestas por esta ley que no estén tipificadas como infracción grave o muy grave.” En consecuencia, no basta con una simple remisión reglamentaria, es necesario que la norma que presta cobertura a esta técnica tenga rango de ley. Sobre esta técnica, la tipificación por remisión a la ley, *vid.* también GÓMEZ TOMILLO, que examina la validez de estas cláusulas con respecto a la vertiente formal del principio de legalidad y la admite “...en la medida en que tales deberes se encuentran en la propia Ley” (*Cfr.* GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, pp. 108) y, a continuación, con su vertiente material o principio de taxatividad, bajo el que aprecia una mayor inconsistencia de estas cláusulas por la “inseguridad jurídica” que transmiten hacia el ciudadano, al que obligan a “escudriñar en la Ley, (...), en busca de etéreas obligaciones jurídicas” y cuyos indicios de inconstitucionalidad se acentúan por su exclusiva utilización en el nivel de las infracciones leves, “probablemente por un problema de conciencia del legislador”. *Op. cit.*, p. 131. En consecuencia, GÓMEZ TOMILLO rechaza la *tipificación por remisión* salvo en dos supuestos: (1) la utilización de “*cláusulas de remisión inversa*”, es decir, “que junto a la expresa disposición de deberes jurídicos se estableciera (...) la advertencia dirigida al ciudadano de que el quebrantamiento de tal deber lleva aparejado sanciones administrativas” (*ibidem*); (2), cuando en el catálogo de sanciones se indique el precepto que recoja el deber jurídico “cuya vulneración determina la infracción administrativa.” *Ibidem*.

<sup>1288</sup> *Vid.* SSTC del Tribunal Constitucional núm. 116/1993, de 29 de marzo, y 14/1998, de 22 de enero.

LRJPAC dispone la necesidad de que sea el legislador quien establezca el “cuadro de infracciones y sanciones”.

Esta previsión de la LRJPAC significa que la *colaboración reglamentaria* no podrá sustituir, en modo alguno, la predeterminación legal de las infracciones en materia turística y su clasificación en los tres grupos existentes en la actualidad: leves, graves y muy graves, aunque, de acuerdo con el apartado tercero del citado artículo, sí se permite la posibilidad de que las normas reglamentarias de desarrollo legislativo introduzcan “especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente”, de forma que “contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes”.

A través de la STC núm. 61/1990, de 29 de marzo, ya mencionada con ocasión del principio de legalidad, el Tribunal Constitucional declaró:

“A la misma conclusión negativa hay que llegar respecto a si en el caso se cumple o no la exigencia material absoluta de predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones correspondientes, (...) exigencia que, como se ha indicado ya, afecta a la tipificación de las infracciones, a la graduación o escala de las sanciones y a la correlación entre unas y otras, de tal modo que –como se dice en la STC 219/1989– el conjunto de las normas aplicables permita predecir, con suficiente

grado de certeza, el tipo y el grado de sanción susceptible de ser impuesta.

Es evidente, (...), que no se da esa especificación en los dos aspectos aludidos, ya que dicha norma se limita a establecer una enumeración de posibles sanciones (apercibimiento o suspensión o revocación de la licencia), sin referencia precisa a las conductas, sino a una formulación vaga de lo dispuesto en la Orden, cuyo incumplimiento “podrá ser sancionado, atendida su gravedad o trascendencia”. No se puede afirmar, pues, que se cumpla así con la exigencia de una verdadera predeterminación de comportamientos, ni que se realice una conexión entre éstos y las sanciones que se enumeran, con lo que, de hecho, se permitiría al Órgano sancionador actuar con un excesivo arbitrio y no con el prudente y razonable que permitiría una debida especificación normativa, independientemente, por lo demás, de la ausencia del rango legal del que la Orden adolece.<sup>1289</sup>

---

<sup>1289</sup> STC núm. 61/1990, de 29 de marzo, fundamento jurídico noveno.

### V.2.2- Fundamento constitucional

Los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ identifican el principio de tipicidad con una obligación derivada del principio de legalidad que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas y sanciones, la cual impide utilizar cláusulas generales o indeterminadas y exige un grado mínimo de precisión en su descripción: “la tipicidad es, pues, la descripción legal de una conducta específica a la que se conectará una sanción administrativa”.<sup>1290</sup>

En consecuencia, la base constitucional del principio de tipicidad también reside en el artículo 25.1 de la Constitución, aunque, como describen ambos autores, también encuentra una relación directa con el principio de seguridad jurídica formulado en el artículo 9.3.

La LRJPAC expone el principio de tipicidad mediante la siguiente disposición:<sup>1291</sup>

---

<sup>1290</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *op. cit.*, pp. 177 y 178.

<sup>1291</sup> Artículo 129 de la Ley 30/1992. NIETO GARCÍA critica la decisión del legislador de regular en artículos diferentes los principios de legalidad (artículo 127) y tipicidad (artículo 129), a pesar de que la doble garantía del principio de legalidad incluya al principio de tipicidad: “De acuerdo con esto, el principio de legalidad aparece nítidamente separado del de tipicidad y su contenido es simplemente la «atribución del ejercicio de la potestad». No creo que esta interpretación rigurosa sea viable.” NIETO GARCÍA, A., *op. cit.*, p. 216. Asimismo, denuncia la insuficiencia del artículo 25 de la Constitución para proclamar el principio de legalidad en todas sus vertientes o manifestaciones. *Op. cit.*, p. 208.



“1. Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley, sin perjuicio de lo dispuesto para la administración local en el título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local.

2. Únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la Ley.

3. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes.

4. Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica.”

### V.2.3- Baremo sancionador y principio de tipicidad

Las exigencias descritas en los anteriores epígrafes, en tanto manifestaciones del principio de tipicidad, son respetadas por la ley cabecera de la ordenación turística de Galicia que recoge, expresamente, los tipos infractores<sup>1292</sup>, su clasificación en infracciones leves, graves y muy graves, además de los diferentes tipos de sanciones previstas para cada uno de los grupos<sup>1293</sup>, y los criterios para su determinación<sup>1294</sup>.

Sin embargo, la LTG tipifica como infracción leve una de las conductas más difíciles de conciliar con los principios de legalidad y tipicidad: “Cualquier otro incumplimiento de las obligaciones expresamente impuestas por la presente ley que no estuviera tipificado como infracción grave o muy grave.”<sup>1295</sup> La doctrina y jurisprudencia denominan a esta técnica legislativa, muy común en las infracciones administrativas de carácter formal, “tipificación por remisión residual” y el Tribunal Constitucional la ha avalado siempre y cuando el tipo de la ley no remita la determinación de la conducta infractora, *ex novo*, a normas de carácter reglamentario.<sup>1296</sup>

---

<sup>1292</sup> Artículos 109, infracciones leves; 110, infracciones graves; y 111, infracciones muy graves, de la Ley 7/2011, de 27 de octubre.

<sup>1293</sup> Artículos 114 y 116 de la Ley 7/2011.

<sup>1294</sup> Artículo 116 de la Ley 7/2011.

<sup>1295</sup> Artículo 109.10 de la Ley 7/2011.

<sup>1296</sup> STC 341/1993, de 18 de noviembre, fundamento jurídico décimo, citada por NIETO GARCÍA, A., *op. cit.*, p. 282, de la que reproduzco el siguiente párrafo referido al análisis constitucional de una tipificación por remisión residual: “Hemos dicho, así, que la vigencia del principio *nullum crimen nulla poena sine lege* en el ordenamiento sancionador administrativo

---

conlleve, a imagen de lo predicable del Derecho Penal, la doble garantía, material y formal, consistente, en primer lugar, «en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas», y también, junto a ello, en la suficiencia de rango de las normas tipificadoras y sancionadoras, pues la locución «legislación vigente» que emplea el art. 25.1 de la Constitución es expresiva de una reserva de Ley en materia sancionadora (STC 42/1987, fundamento jurídico segundo; en términos análogos, y entre otras, SSTC 69/1989, fundamento jurídico primero, 22/1990, fundamento jurídico séptimo y 61/1990, fundamento jurídico séptimo). En lo que se refiere, de modo específico, a la garantía formal, hemos dicho también que el mandato del citado art. 25.1 «determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal, pero no excluye que esa norma contenga remisiones a normas reglamentarias, siempre que en aquélla queden suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica (de tal manera que sólo sean infracciones las acciones u omisiones subsumibles en la norma con rango de Ley) y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer». La Constitución -señalamos en la misma resolución- «prohíbe la remisión al reglamento que haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley (...), pero no impide la colaboración reglamentaria en la normativa sancionadora» (STC 3/1988, fundamento jurídico noveno; en análogos términos, STC 101/1988, fundamento jurídico tercero). (...) a) En lo que se refiere a la garantía material y absoluta que establece, según vimos, el citado precepto constitucional (predeterminación suficiente del ilícito), nada cabe reprochar, en rigor, el precepto impugnado, pues, siendo como es una norma residual y de remisión, la delimitación precisa de las conductas sancionables corresponderá a las reglas remitidas, configuradoras de las «obligaciones» y «prohibiciones» cuya conculcación dará lugar a la infracción. Estas últimas reglas deberán atenerse, claro está, a las exigencias de certeza que consideramos, pero ello es algo, como bien se comprende, sobre lo que nada más es posible señalar aquí, pues la eventual infracción de lo que en otra ocasión hemos llamado el «derecho a la tipicidad del ilícito administrativo» (STC 182/1990, fundamento jurídico quinto) sería imputable a la norma remitida, no a aquella en la que la remisión se contiene. Sí debe hacerse constar, con todo, que las reglas en las que se configuran «obligaciones» y «prohibiciones» sancionables con arreglo al precepto que enjuiciamos deberán contener -para asegurar, precisamente, estas exigencias de seguridad y certeza- una referencia expresa al precepto legal en cuya virtud aquellos imperativos serán, caso de contravención, calificados de infracción leve y en cuanto tales sancionados. b) Cuestión distinta es si el precepto impugnado ha respetado, en su referencia a «reglamentaciones específicas» y a «normas de policía», la garantía formal de conformidad con la cual sólo la ley puede configurar supuestos de infracción, aun cuando la misma remita a reglamento, con las condiciones dichas, la precisión complementaria de algún elemento o rasgo del ilícito. La respuesta no puede ser sino negativa. El inciso final del art. 26 j) de la LOPSC califica de infracciones leves de la seguridad ciudadana, en lo que ahora importa, la transgresión de las obligaciones y prohibiciones establecidas «en las reglamentaciones específicas o en las normas de policía dictadas en ejecución de las mismas», remisión que ha de ser considerada inconstitucional, pues en modo alguno puede la ley habilitar o remitir al reglamento para la configuración ex novo de obligaciones o prohibiciones cuya contravención dé origen a una infracción sancionable. Una tal remisión a normas infralegales para la configuración incondicionada de supuestos de infracción no es, vale repetir, conciliable con lo dispuesto en el art. 25.1 de la Constitución.”

El profesor NIETO GARCÍA incluyó esta modalidad dentro de las diferentes clases de “tipificación indirecta”<sup>1297</sup> y la respaldó en aras a una mayor eficacia en la tipificación de conductas infractoras por el legislador<sup>1298</sup>.

En otro orden de cosas, la tipificación de la LTG también utiliza los *conceptos jurídicos indeterminados* y la *colaboración reglamentaria* como herramientas

---

<sup>1297</sup> Las clases de tipificación administrativa, de acuerdo con el profesor NIETO GARCÍA son las siguientes: (1) “*tipificación reduplicativa*”, el tipo infractor recogido en la ley reproduce el mandato o la prohibición contenida en la norma de manera expresa (v. gr., el artículo 109.2, e): “negarse a facilitar las hojas de reclamaciones en el momento de ser solicitadas”); (2) “*tipificación remisiva expresa*”, la ley prescinde de la reproducción de los mandatos y prohibiciones pero se remite, de forma expresa, a los preceptos que los recogen (v. gr., el artículo 110.5: “efectuar cambios o reformas sustanciales incumpliendo lo establecido en los términos fijados en el artículo 42 de la presente ley”); (3) “*tipificación remisiva residual*”, propia de las remisiones indirectas que califican como leves aquellas “infracciones que no tienen otro carácter” (v. gr., el artículo 109.10: “cualquier otro incumplimiento de las obligaciones expresamente impuestas por la presente ley que no estuviera tipificado como infracción grave o muy grave”). Para NIETO GARCÍA “el valor de la tipificación se conserva, pero se desformaliza”; y (4), “*tipificación implícita*”, la ley contiene, exclusivamente, la norma de mandato o prohibición, sin tipificación alguna ya que resulta implícita a la norma de mandato o prohibición. A pesar de la inadecuación de esta última modalidad de tipificación con las garantías y principios del orden penal, NIETO GARCÍA la defiende también por razones de eficacia y porque “el ciudadano más simple” ha de prever consecuencias negativas ante el incumplimiento de la norma. Cfr. NIETO GARCÍA, A., *op. cit.*, pp. 312-315. “No obstante para mí, esta variante es *suficiente y correcta* y entiendo que la descripción completa de la infracción en el tipo es una *reduplicación innecesaria e inútil* y, además, *inviabile*, de tal manera que su exigencia es el resultado de un dogmatismo inaceptable que conduce a la irrealidad. Esto me parece indudable en lo que se refiere a la tipificación de la infracción: *pero es claro que con esta fórmula implícita no queda cumplida la segunda faceta del mandato de tipificación, es decir, la atribución de sanción*”. *Op. cit.*, p. 315. Sin embargo, considero que ni tan siquiera desde la perspectiva de la infracción puedo asumir la tesis del profesor, dados los postulados desde los que parte mi trabajo: el *ius puniendi* estatal como unidad ontológica del ilícito y la vigencia de los principios y garantías del orden penal en el Derecho administrativo sancionador. Así las cosas, entiendo que las dos vertientes del principio de legalidad, material y formal, deben tener plena vigencia en el sector de las infracciones y sanciones administrativas para conceder a los ciudadanos las suficientes garantías jurídicas frente al ejercicio de la potestad sancionadora por las administraciones públicas. Ello sin perjuicio de la utilización de herramientas como la colaboración reglamentaria o los conceptos jurídicos indeterminados que, a modo de pequeños *matices*, han sido reconocidos y avalados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

<sup>1298</sup> “Ciertamente es, desde luego, que en ocasiones han anulado estas remisiones indirectas residuales aunque la infracción sea calificada como leve, (...). Pero no hay que olvidar, por otra parte, que un precepto así constituye una verdadera cláusula de estilo que aparece habitualmente en las leyes sectoriales que, enjuiciadas con este rigor, habrían de quedar inexorablemente mutiladas provocándose, además, los correspondientes vacíos normativos.” *Op. cit.* p. 313.

que aportan mayor flexibilidad en la aplicación del Derecho<sup>1299</sup> y se admiten por la jurisprudencia constitucional<sup>1300</sup>. A título de ejemplo y como *conceptos jurídicos indeterminados*, podemos citar las “deficiencias” en la prestación de los servicios, cuando no les causen un “perjuicio grave” a los clientes, o la prestación “deficiente” de los servicios debidos a la clientela cuando le causen un “grave perjuicio” a la clientela, las “deficiencias” en la atención y trato a la clientela, o el “trato incorrecto” al cliente en los supuestos “manifiestamente ofensivos”.

Como ejemplos de remisión a normas de rango inferior, tenemos la expedición “sin los requisitos exigidos por la normativa turística” de las facturas o los justificantes de cobro, o la no conservación de sus duplicados “durante el tiempo establecido reglamentariamente”, o la entrega de documentación defectuosa “que incumpla los requisitos de la normativa turística”.

Finalizada la exposición sobre el principio de tipicidad, considero que la justificación del baremo dependerá del desarrollo de una correcta colaboración reglamentaria, previa habilitación por la LTG a las disposiciones administrativas que lo revistan de norma formal, de conformidad con el tenor literal de la LRJPAC: “Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni

---

<sup>1299</sup> Cfr. *op. cit.*, pp. 307-311.

<sup>1300</sup> Vid. SSTC 122/1987, de 14 de julio; 133/1987, de 21 de julio; 69/1989, de 20 de abril; 219/1989, de 21 de diciembre; todas ellas citadas por NIETO GARCÍA en relación con la compatibilidad de los conceptos jurídicos indeterminados con el mandato de tipicidad. *Ibidem*.

alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes.”<sup>1301</sup>



---

<sup>1301</sup> Artículo 129.3 de la Ley 30/1992.

### **V.3- El principio de irretroactividad y la retroactividad *in bonus*.**

“Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.”<sup>1302</sup>

#### **V.3.1- Concepto y evolución**

La prohibición de retroactividad de las normas no favorables, como sucede con el principio de tipicidad, vuelve a poner de manifiesto “la extraordinaria potencialidad del principio de legalidad en este campo, que no se limita a exigir una mera habilitación legal a la Administración, sino que, prácticamente conforma y determina el régimen de infracciones y sanciones administrativas.”<sup>1303</sup>

---

<sup>1302</sup>CEDH, artículo 7.1. Este derecho también se encuentra reconocido en el artículo 49.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (DOCE, 18/12/2000, C 364/1) que, prácticamente, reproduce el párrafo recogido en el Convenio de Roma: “Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o el Derecho internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si, con posterioridad a esta infracción, la ley dispone una pena más leve, deberá ser aplicada ésta.”

<sup>1303</sup>SUAY RINCÓN, J., *op. cit.*, p. 23.



Ciertamente, la irretroactividad de las normas es una consecuencia más del principio de legalidad y así, la redacción del artículo 25.1, exige la predeterminación legal de las conductas infractoras y de las sanciones en relación con el momento de la comisión del ilícito. De nuevo, aparece el principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la CE que, como principio general del Derecho y de conformidad con abundante jurisprudencia (a pesar de su configuración como un derecho autónomo y definido), “supone un amplio y vasto concepto que acoge en su seno una serie de derechos y principios distintos”.<sup>1304</sup>

La irretroactividad, en Derecho administrativo sancionador, opera de tres formas distintas. Primero, fundamenta la irretroactividad de las disposiciones constitucionales sobre las normas anteriores a la Constitución; a título de ejemplo, no resulta aplicable el principio de legalidad a una norma sancionadora de rango reglamentario anterior a la norma fundamental, por lo que los actos administrativos que impongan sanciones en aplicación de dicha norma serán conformes a Derecho. No obstante, en el momento en que la Administración quiera modificar el listado de infracciones y sanciones correspondientes a ese ámbito normativo deberá someter dicha reforma al principio de legalidad.<sup>1305</sup> En segundo lugar, impide la retroactividad de las normas que resulten desfavorables o provoquen un gravamen a los ciudadanos

---

<sup>1304</sup> Entre otras, *vid.* STC 50/2003, do 17 de marzo, fundamento jurídico cuarto.

<sup>1305</sup> V.gr. la STS de 30 de noviembre de 1995, que se apoya en la STC núm. 27/1981, de 20 de julio, *vid.* fundamento jurídico décimo.

afectados por ésta.<sup>1306</sup> Por último, interpretado en un sentido positivo, el principio de retroactividad *in bonus* permite la aplicación de las normas en aquellos supuestos en que su aplicación resulte más favorable para el ciudadano.<sup>1307</sup>

---

<sup>1306</sup> Dispone el artículo 9.3 de la CE: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

<sup>1307</sup> La retroactividad *in bonam partem* está reconocida por el Tribunal Constitucional y su fundamento reside en el citado artículo 9.3, interpretado *a contrario sensu*; *vid.* SSTC núm. 8/1981/, 30 de marzo; 15/1981, de 7 de mayo; 131/1986, de 29 de octubre. *Cfr.* GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, p. 143. Este autor examina la vertiente favorable del principio de irretroactividad en dos supuestos: primero, en el caso de *infracciones permanentes*; segundo, ante sanciones administrativas que no hayan adquirido firmeza en vía administrativa porque fueron recurridas en tiempo y forma. En el primer supuesto, el autor opta por aplicar la ley que beneficie al sujeto infractor, criterio que debería aplicarse también cuando la infracción no haya sido perfeccionada y se produzca la modificación legislativa; en el segundo, defiende también la aplicación retroactiva de “la previsión más favorable”, la cual debería de llevarse a cabo, “independientemente de su situación procedimental”, siempre que una sanción no sea firme, “por aplicación inmediata de la Constitución”. *Op. cit.*, pp. 145 y 146. Además, GÓMEZ TOMILLO expone las posibilidades de aplicar la norma más favorable ante una “*sanción firme ya ejecutada o en fase de ejecución por cambio en los criterios legales favorable al infractor*” y que remite a las disposiciones transitorias de la nueva norma. Pero, ¿qué ocurre si la nueva ley no establece criterio alguno sobre una posible aplicación retroactiva? En estos casos, el autor distingue aquellas sanciones que no tengan una naturaleza pecuniaria y aboga, en estos casos, por la aplicación analógica del artículo 2.2 del Código penal, que dispone lo siguiente: “No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario.” *Cfr. op. cit.*, pp.148 y 149. No obstante, con respecto a las sanciones de naturaleza pecuniarias que sean firmes en vía administrativa considero que, tanto el tenor literal del precepto “cumpliendo condena”, como el principio de seguridad jurídica impiden su aplicación.

### V.3.2- Fundamento constitucional

El principio general de irretroactividad de la ley penal tiene su fundamento en el principio de seguridad jurídica que deriva, a su vez, del principio de legalidad<sup>1308</sup>. Por otra parte, la retroactividad de la ley penal favorable, como excepción al principio de irretroactividad, guarda su fundamento en los principios de necesidad y humanidad de la pena, lo cual refuerza la justicia como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico.<sup>1309</sup>

GÓMEZ TOMILLO propone un fundamento múltiple; primero, en el principio de legalidad, por evidentes “razones de seguridad jurídica”; segundo, en el principio de proporcionalidad, dada la ausencia de una pena o de una mayor intensidad en el momento de producirse la conducta; y, tercero, en el principio de culpabilidad, porque el sujeto infractor debe tener “conciencia de la antijuridicidad”, lo que deviene imposible si su comportamiento no está tipificado como ilícito en el momento de su comisión.<sup>1310</sup>

La Constitución declara la irretroactividad de las normas no favorables o restrictivas de derechos en su artículo 9.3, a modo de principio general de nuestro Derecho, si bien la vertiente penal o sancionadora de este principio

---

<sup>1308</sup> Según describe RODRÍGUEZ COLLAO, la doctrina incluye al principio de irretroactividad, junto con los principios de reserva de ley, taxatividad y prohibición de analogía, dentro de las cuatro manifestaciones del principio de legalidad penal. *Cfr.* RODRÍGUEZ COLLAO, L., *op. cit.*, pp. 150-159.

<sup>1309</sup> *Cfr.* COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M., *op. cit.*, p. 97.

<sup>1310</sup> *Cfr.* GÓMEZ TOMILLO, *op. cit.*, pp. 142-143.

encuentra su fundamento específico en el artículo 25.1 de la carta magna. Esta peculiaridad resulta trascendente para la consideración del principio de irretroactividad de las normas no favorables como un derecho fundamental, planteamiento que, sin embargo no se formuló en los principios que anteceden, dado su claro reconocimiento como derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional y, en consecuencia, el otorgamiento de la especial protección constitucional a través del recurso de amparo<sup>1311</sup>.

En este caso, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ofrece un tratamiento diferente para cada una de las variantes del principio de irretroactividad. En lo que respecta al principio de carácter penal o sancionador, con fundamentación en el artículo 25.1 de la CE, no hay dudas sobre su naturaleza de derecho fundamental. No ocurre así con la retroactividad *in bonus*, deducida del artículo 9.3, que no goza de este estatus o consideración y, por consiguiente, no será susceptible de la protección que el artículo 53.2 de la CE otorga a los derechos fundamentales (proceso judicial especial, preferente y sumario; y recurso de amparo). Así lo ha declarado en numerosas ocasiones<sup>1312</sup>:

---

<sup>1311</sup> El artículo 53.2 de la CE dispone lo siguiente: “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.”

<sup>1312</sup> V. gr. SSTC núm. 14/1981, de 29 de abril, FJ 7º; 68/1982, de 13 de mayo, FJ 3º; 122/1983, de 26 de octubre, FJ 2º; 51/1985, de 10 de abril, FJ 7º; 131/1986, de 29 de octubre, FJ 2º; 196/1991, de 17 de octubre, FJ 3º; y 177/1994, de 10 de junio, FJ 1º.

“Si en el ámbito del Derecho penal *stricto sensu*, en el que en la mayor parte de las ocasiones está en juego el derecho fundamental a la libertad (art. 17 CE), nuestra doctrina hasta el momento ha venido negando el encuadramiento del principio de retroactividad de la ley penal más favorable en el art. 25.1 CE; esto es, que dicho principio se integre en el contenido del derecho fundamental que en tal precepto se consagra, es claro que el apartamiento de esa doctrina resulta menos justificado aun cuando, como aquí ocurre, de lo que se trata es de una sanción administrativa.”<sup>1313</sup>

Finalizo con su fundamento legal, previsto por el legislador de la LRJPAC con la siguiente fórmula<sup>1314</sup>:

“1. Serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa.”

“2. Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor.”

---

<sup>1313</sup> STC núm. 99/2000, fundamento jurídico quinto.

<sup>1314</sup> Artículo 128 de la Ley 30/1992.

### V.3.3- Baremo sancionador y principio de irretroactividad

Todas y cada una de las conductas especificadas en el baremo son deducidas directamente de los tipos infractores contenidos en la Ley 7/2011, de 27 de octubre, en vigor desde el 11 de diciembre de 2011. Así las cosas, todas las conductas contrarias a la ordenación turística producidas a partir de esta fecha, que fuesen objeto del oportuno procedimiento sancionador, podrían someterse a la determinación sancionadora del baremo, siempre y cuando no hubiese prescrito la supuesta infracción administrativa.<sup>1315</sup> Este límite temporal legitima al baremo como instrumento punitivo frente a las exigencias del principio de irretroactividad de las normas sancionadoras.

No obstante, si con posterioridad se suprimiese algunos de los tipos infractores de la LTG, los ciudadanos inculcados en un procedimiento sancionador podrían reclamar el amparo retroactivo de la norma legal para impedir la tramitación de un expediente sancionador en materia de ordenación turística. De la misma forma, cualquier modificación legislativa de la LTG que pudiera repercutir favorablemente en la determinación sancionadora de un procedimiento sancionador podría ser invocada también con efectos retroactivos.<sup>1316</sup>

---

<sup>1315</sup> Otros supuestos en los que el principio de irretroactividad de las normas no favorables o sancionadoras operaría como garantía hacia los ciudadanos, serían, por ejemplo, la incorporación de nuevas sanciones a la LTG, el aumento de la cuantía de las multas o la incorporación a la LTG de nuevas circunstancias agravantes; estas modificaciones, si bien podrían incorporarse al baremo sancionador, no podrían aplicarse a conductas producidas con anterioridad a su entrada en vigor.

<sup>1316</sup> Como supuestos de retroactividad *in bonus* se me ocurren tres ejemplos bastante significativos: a) la supresión de una circunstancia agravante de la relación contenida en el artículo 116 de la Ley 30/1992; b) la incorporación de circunstancias atenuantes; c) la reducción

Tal y como expuse en el apartado referido a los fundamentos constitucionales del principio de irretroactividad penal, su consideración como derecho fundamental le otorga la protección máxima, jurisdiccional y constitucional, que la Constitución prevé en su artículo 53.2. Esta interpretación constitucional rechaza la protección como derecho fundamental de la retroactividad *in bonam partem*, cuyo quebrantamiento sólo sería amparado mediante los instrumentos de defensa previstos en el artículo 53.1 de la CE.<sup>1317</sup>



---

de las cuantías de las multas previstas en el artículo 114, que podría motivarse en la merma de ingresos obtenidos por las empresas turísticas con ocasión de la crisis económica. A diferencia de lo que ocurren con los ejemplos de la nota anterior estos supuestos serían incorporados al baremo y aplicados en la determinación sancionadora de todos los expedientes, incluso con carácter retroactivo.

<sup>1317</sup> El artículo 53.1 de la CE dispone lo siguiente: “Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1. a).” El artículo 161.1, letra a), acoge al recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley.



## V.4- El principio de proporcionalidad

“...un Estado no confesional y democrático –como el nuestro– no podrá asumir el deber de realizar la justicia divina sobre la tierra, sino que deberá justificar el uso de las penas por su capacidad de proteger a los ciudadanos. Y puesto que habrá de tratar a todos como ciudadanos titulares de derechos fundamentales, deberá también tener en cuenta que los delincuentes lo son y que las penas vulneran gravemente sus derechos.”<sup>1318</sup>

### V.4.1- Concepto y evolución

El principio de proporcionalidad, que “proscribe el exceso sancionador atendida la entidad del delito cometido”<sup>1319</sup>, procede de la jurisprudencia alemana posterior a la Segunda Guerra Mundial y se ha ido enriquecido paulatinamente gracias a las aportaciones del TEDH.<sup>1320</sup> Admite un análisis desde dos perspectivas diferentes, primero, desde la tipificación de los ilícitos penales y administrativos, en atención a la relevancia del bien jurídico protegido y la

---

<sup>1318</sup> MIR PUIG, S., “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, publicado en el libro Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador VIVES ANTÓN), dirigido por CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. y ORTS BERENGUER, E., coordinado por CUERDA ARNAU, M. L., tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1360.

<sup>1319</sup> LLORCA ORTEGA, J., *op. cit.*, pp. 32 y ss.

<sup>1320</sup> *Ibidem.*

gravedad de la conducta infractora<sup>1321</sup> y, en segundo lugar, desde el ámbito de las consecuencias jurídicas, ya se trate de penas o sanciones administrativas.

Desde la perspectiva de la tipificación de una conducta como ilícito penal, el principio de proporcionalidad compele al cumplimiento de tres requisitos: “1) necesidad de la afectación; 2) idoneidad de la misma para conseguir su objetivo; 3) proporcionalidad en sentido estricto entre la lesión de derechos que supone la intervención estatal y el beneficio social que con ella se obtiene.”<sup>1322</sup>

En el campo de la tutela de bienes jurídicos, el Derecho penal “se justifica sólo en la medida en que resulta necesario” para hacer frente a las conductas más graves y no cuando puedan ser “eficazmente tutelados” por otros medios no penales.<sup>1323</sup> En este sentido, será la mayor o menor “eficacia” del instrumento

---

<sup>1321</sup> Me refiero a la decisión del legislador a la hora de elegir una u otra rama del *ius puniendi* para sancionar las posibles agresiones a bienes jurídicos protegidos o determinación del grado de sanción, penal o administrativa.

<sup>1322</sup> El profesor MIR PUIG vincula el principio de proporcionalidad con el concepto de *bien jurídico-penal*, ya que este opera como “punto de referencia” para evaluar las tres condiciones derivadas del principio de proporcionalidad. MIR PUIG, S., “Límites...” *cit.*, pp. 18:13 y 18:14. Sobre las tres condiciones de este principio *vid.* también el trabajo de MIR PUIG, “El principio de proporcionalidad...”, *cit.*, pp. 1357-1382. PERELLO DOMENECH expone estos “tres elementos o subprincipios” a modo de “juicios o análisis en su concreta aplicación y que implican un enjuiciamiento de la medida desde tres puntos de vista diferentes: la medida enjuiciada ha de ser idónea en relación con el fin (...), (juicio de adecuación), en segundo lugar, la medida ha de ser necesaria, o la más moderada entre todos los medios útiles, (...), (juicio de indispensabilidad) y, finalmente, proporcionada, esto es, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios y ventajas que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades (...) (proporcionalidad *stricto sensu*).” PERELLO DOMENECH, I., “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”, publicado en *Jueces para la democracia. Información y debate*, núm. 28, Jueces para la democracia, marzo, 1997, p. 70, disponible en la siguiente dirección de internet: <http://www.juecesdemocracia.es/revista/revista%2028%20marzo%201997.pdf>

<sup>1323</sup> *Cfr.* GARCÍA ALBERO, R.M., *op. cit.*, p. 352. “Aparece así el principio de subsidiariedad como cláusula de cierre de los principios limitativos del *ius puniendi* estatal.” *Ibidem*.

punitivo la que verdaderamente justifique la decisión de optar por el Derecho penal o por el administrativo sancionador a la hora de proteger los diferentes bienes jurídicos.<sup>1324</sup>

Dentro de este principio, contemplado desde una perspectiva amplia, se incluyen otras garantías que conforman, junto con la proporcionalidad, un “límite material fundamental”: entre ellas se encuentran la necesidad de la pena, la subsidiariedad, la *ultima ratio*, la fragmentariedad e intervención mínima, la ofensividad o lesividad y la exclusiva protección de bienes jurídico-penales.<sup>1325</sup>

Sin embargo, es el terreno de las consecuencias jurídicas el que guarda mayor relación con el objeto de este trabajo. Así, en el ámbito penal, RUIZ VADILLO lo describe como “un juicio de ponderación sobre la carga coactiva de la pena y el fin perseguido por la propia conminación penal”, dicho juicio debería proyectarse sobre dos factores: la gravedad de la infracción cometida y el grado de responsabilidad del autor<sup>1326</sup>.

---

<sup>1324</sup> Cfr. GARCÍA ALBERO, R.M., *op. cit.*, p. 353.

<sup>1325</sup> Cfr. MIR PUIG, S., “El principio de proporcionalidad...”, *cit.*, p. 1362. “Quedaría fuera de este principio, con rango constitucional, el principio de legalidad, que no limita directamente el contenido de la intervención penal, sino la forma en que puede ser prevista: mediante una Ley, generalmente Orgánica, anterior al delito salvo que sea más favorable para el reo una ley posterior”. *Ibidem*.

<sup>1326</sup> Cfr. RUIZ VADILLO, E., *op. cit.*, p. 112.

Para GARCÍA RIVAS<sup>1327</sup>, la proporcionalidad despliega sus efectos en dos ámbitos de actuación:

1.- En primer lugar, es el legislador quien debe *ponderar* la gravedad de las sanciones con el grado de lesividad del injusto cometido; es decir, “las penas para cada delito o grupo de delitos que sirven a la tutela del bien jurídico deben acomodarse a la gravedad de la afectación del bien jurídico y a las propiedades subjetivas que atentan contra él.”<sup>1328</sup>

2.- Una vez que la ley tenga vigencia, pasamos al ámbito aplicativo de la determinación e individualización de la pena por el órgano judicial, momento en el que, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>1329</sup>, deben

---

<sup>1327</sup> Cfr. GARCÍA RIVAS, N., *op. cit.*, pp. 60-63

<sup>1328</sup> GARCÍA RIVAS, N., *op. cit.*, p. 61. La proporcionalidad, según la doctrina del Tribunal Constitucional, guarda una relación directa con la justicia, como valor superior del ordenamiento jurídico, y la dignidad de la persona, como fundamento del orden político y de la paz social. *Ibidem*.

<sup>1329</sup> “No resultaría ocioso recordar que el principio de proporcionalidad desempeña, en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, un papel capital y ello no sólo en cuanto expresión de unos abstractos poderes de aplicación de la Ley en términos de equidad, sino por el hecho concreto de que las sanciones a imponer se encuentran definidas en nuestro ordenamiento, por lo general, de forma sumamente flexible, de tal modo que una misma conducta puede merecer la imposición de sanciones muy diversas y que se mueven en márgenes muy amplios y que, por lo mismo, pueden resultar, en la práctica, de cuantía y período extraordinariamente diversos. El principio de proporcionalidad, impone que al no ser la actividad sancionadora de la Administración una actividad discrecional, sino una actividad típicamente jurídica o de aplicación de las normas, (así lo reconoce nuestro Tribunal Supremo en sentencias de 23 de Diciembre de 1981 (RJ 1981, 5453) , 3 de Febrero de 1984 (RJ 1984, 1027) y 19 de Abril de 1985 (RJ 1985, 1716), los factores que han de presidir su aplicación estén en función de lo que disponga el Ordenamiento Jurídico en cada sector en particular y, muy especialmente, en las circunstancias concurrentes.” STS, de 5 de octubre de 2011 (FJ 10º).

respetarse todas las garantías constitucionales o límites inherentes al *ius puniendi* estatal.<sup>1330</sup>

Directamente relacionado con la proporcionalidad está el *principio de ofensividad o lesividad*<sup>1331</sup>, que la doctrina describe como “el primer momento lógico del principio constitucional de proporcionalidad”<sup>1332</sup> y cuya principal consecuencia es la impunidad de las “conductas inocuas”, es decir, de aquellas conductas “que no representen un daño o peligro para la sociedad.”<sup>1333</sup>

Delimitado su concepto, me gustaría resaltar que sus orígenes estarían en el Derecho administrativo y no en el Derecho penal, ya que el principio de proporcionalidad pasó del viejo Derecho administrativo de policía al ordenamiento penal gracias a los esfuerzos realizados por la doctrina alemana,

---

<sup>1330</sup> Cfr. GARCÍA RIVAS, N., *op. cit.*, p. 63. Es en este ámbito donde son de aplicación las reglas sobre la determinación de la pena o sanción y la apreciación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal o administrativa. Para los profesores COBO DEL ROSAL y QUINTANAR DÍEZ, la necesidad de justificar con criterios de proporcionalidad la individualización de la pena por el órgano judicial también es consecuencia del principio de humanidad de las penas que extiende sus efectos “sobre tres órdenes de instancias”: *fase legislativa*, con la tipificación de penas proporcionadas a la gravedad de la conducta infractora en relación con el bien jurídico protegido; *fase judicial*, con la determinación de una pena proporcionada al hecho infractor y a las circunstancias personales de su autor; y *fase ejecutiva*, con la orientación de las penas de prisión hacia la “rehabilitación y reinserción social del penado”. Cfr. COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M., *op. cit.*, pp. 71-74.

<sup>1331</sup> También denominado “principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, cfr. VIVES ANTÓN, T.S., Fundamentos del sistema... *cit.*, p. 820.

<sup>1332</sup> *Ibidem*

<sup>1333</sup> De acuerdo con el principio de lesividad, si un tipo penal protege esta clase de bienes o intereses deberá ser declarado inconstitucional. Cfr. VIVES ANTÓN, T.S., Fundamentos del sistema..., *cit.*, p. 821. Sobre el principio de lesividad y las circunstancias modificativas de la responsabilidad, *vid.* RODRÍGUEZ COLLAO, L., *op. cit.*, pp. 162-165.

a raíz de la muerte en prisión preventiva de un político que sufría una grave enfermedad.<sup>1334</sup>

Recordemos que la doctrina señala tres fases dentro del proceso de determinación de una pena: primero, la “individualización legal”, esto es, la determinación legislativa; después, la “individualización judicial”, es decir, la aplicación procesal de la norma penal en cuanto la pena resulta consecuencia del delito; y, por último, la “individualización penitenciaria”, como procedimiento para a su ejecución<sup>1335</sup>. Así, en relación con la elaboración de un baremo sancionador, considero necesario que apreciemos con detenimiento la fase relativa a la “individualización legal” de la pena, con el propósito de garantizar la vigencia del principio de proporcionalidad entre los ilícitos y sus consecuencias jurídicas en el momento de la actuación del legislador. En definitiva, esta fase demanda la aplicación de la proporcionalidad como criterio de técnica legislativa, es decir, sobre los tres elementos que conforman la norma sancionadora: el hecho infractor (tipicidad); la lesión producida al bien jurídico protegido (resultado); y la responsabilidad del sujeto infractor (culpabilidad).<sup>1336</sup>

---

<sup>1334</sup> Cfr. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990, pp. 21-26. El político fallecido era el Dr. HÖFFLE. Según este autor, “... su desarrollo como principio constitucional con trascendencia en el proceso penal ha sido obra de la jurisprudencia, la doctrina y la legislación alemana.”

<sup>1335</sup> *Ibidem*; el autor cita a RODRÍGUEZ DEVESA.

<sup>1336</sup> En palabras de PERELLO DOMENECH: “La proporcionalidad se configura como un instrumento jurídico eficaz, tanto en el control de los poderes discrecionales de la Administración, –en las medidas administrativas, restrictivas impeditivas de derechos fundamentales–, como un elemento en la ponderación de bienes y derechos constitucionalmente protegidos.” PERELLO DOMENECH, I., *op. cit.*, p. 74.

#### V.4.2- Fundamento constitucional<sup>1337</sup>

No obstante la postura inicial del Tribunal Constitucional<sup>1338</sup>, la vigencia del principio de proporcionalidad contribuye a dotar de contenido material al Estado de Derecho y su fundamentación constitucional, a pesar de no tener un reconocimiento expreso en la Carta magna española, ofrece múltiples posibilidades, todas ellas válidas:<sup>1339</sup>

---

<sup>1337</sup> La mayor parte de la jurisprudencia constitucional sobre la proporcionalidad pertenece al ámbito penal y no al Derecho administrativo sancionador. *Cfr.* BELTRÁN DE FELIPE, M., *op. cit.* (II), pp. 41-44. A través de esta jurisprudencia, el Tribunal Constitucional atribuyó la responsabilidad de la proporcionalidad entre delitos y penas al legislador y negó la vinculación de la proporcionalidad con el artículo 25.1 de la Constitución: “En principio, el juicio sobre proporcionalidad de la pena, prevista por la Ley con carácter general, con relación a un hecho punible que es presupuesto de la misma, es de competencia del legislador. A los Tribunales de justicia sólo les corresponde, según la Constitución, la aplicación de las Leyes y no verificar si los medios adoptados por el legislador para la protección de los bienes jurídicos son o no adecuados a dicha finalidad, o si son o no proporcionados en abstracto. Ello se deduce, como es claro, del art. 117 de la Constitución. Consecuentemente, no cabe deducir del artículo 25.1 de la Constitución Española un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la pena con la gravedad del delito.” (STC 65/1986, de 22 de mayo, FJ 3º). *Cfr. op. cit.*, p. 42. Tres sentencias de la jurisprudencia constitucional marcan la formulación del principio de proporcionalidad en el ámbito administrativo de acuerdo con la teoría alemana del triple juicio o análisis de las medidas sancionadoras (idoneidad o adecuación, necesidad o indispensabilidad y proporcionalidad en sentido estricto): SSTC 66/1995, de 8 de mayo; 55/1996, de 28 de marzo; y 207/1996, de 16 de diciembre. *Vid.* PERELLO DOMENECH, I., *op. cit.*, pp. 72-74.

<sup>1338</sup> En un primer momento y en el ámbito del control constitucional, el Tribunal Constitucional no permitió su invocación directa, como principio autónomo, hasta la STC 136/1999, de 20 de julio, que otorgó amparo a la mesa nacional de Herri Batasuna (*vid.* fundamentos jurídicos 20º y ss.) y declaró la vulneración del principio de legalidad penal por desproporción en el castigo. Tal y como dispone su fundamento jurídico vigésimo noveno, el “juicio estricto de proporcionalidad” de la pena (...) compara la gravedad del delito que se trata de impedir -y, en general, los efectos benéficos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales- y la gravedad de la pena que se impone -y, en general, los efectos negativos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales-. Desde entonces “el principio ha adquirido un pleno reconocimiento y eficacia”. *Cfr.* LLORCA ORTEGA, J., *op. cit.*, p. 32.

<sup>1339</sup> *Cfr.* GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., Proporcionalidad y..., *cit.*, pp. 54 y ss.



- Por un lado, guarda relación directa con los valores de justicia y libertad, dada su categoría de valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico.<sup>1340</sup>
- Por otro lado, tiene afinidad con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, como principio general del Derecho.<sup>1341</sup>
- Asimismo, la proporcionalidad está vinculada a la dignidad de la persona, los derechos inherentes que resultan inviolables, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás<sup>1342</sup>. Una numerosa jurisprudencia del TEDH así lo confirma.<sup>1343</sup>
- Por último, el principio de proporcionalidad guarda también relación con el artículo 10.2 de nuestra Constitución, por aplicación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la ONU, del

---

<sup>1340</sup> Artículo 1.1 de la CE. *Ibidem*.

<sup>1341</sup> Artículo 9.3 de la CE. *Ibidem*.

<sup>1342</sup> Artículo 10 de la CE. *Ibidem*.

<sup>1343</sup> V. gr., *vid. supra* notas a pie de pág. núm. 105, 115, 343, 375 y 1239. Para el profesor ABEL SOUTO, M., *Teorías de la pena...*, *cit.*, pp. 75-78, este principio, que "... reclama sanciones distintas en función del mayor o menor ataque a la libertad", tiene su origen en el Estado democrático de Derecho.

Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos<sup>1344</sup> y de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.<sup>1345</sup>

Al margen de la validez de las anteriores opciones para otorgar una fundamentación constitucional del principio de proporcionalidad, la clave será encontrar un fundamento que, como ocurre con los principios precedentes (legalidad, tipicidad e irretroactividad penal o sancionadora), garantice una eficaz protección contra posibles violaciones (vía artículo 53.2 de la CE). Para conseguir dicho objetivo necesitamos vincularlo con un derecho fundamental.

Con esta finalidad, el profesor GONZÁLEZ-CUÉLLAR analiza las siguientes opciones:

- El artículo 14; el derecho a la no discriminación o igualdad formal, incluye también los tratos desproporcionados en relación con

---

<sup>1344</sup> El artículo 10.2 de la CE dispone lo siguiente: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.” Por su parte, el artículo 49.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea recoge expresamente el principio de proporcionalidad penal: “La intensidad de las penas no debe ser desproporcionada en relación con la infracción.” Para LLORCA ORTEGA, el principio de proporcionalidad en el ámbito penal es reconocido como valor fundamental por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo sobre la base del artículo 10.2 de la CE y su reconocimiento en los artículos 10 y 18 del Convenio de Roma (CEDH). *Cfr.* LLORCA ORTEGA, J., *op. cit.*, p. 33.

<sup>1345</sup> Aunque gran parte de la doctrina cita los artículos 8, 10 y 18 del CEDH como el germen del reconocimiento del principio de proporcionalidad por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, GONZÁLEZ-CUÉLLAR atribuye a la “particular estructura del CEDH”, que primero, reconoce un derecho y, a continuación, acepta su limitación mediante la adopción de medidas que “cumplan ciertos requisitos”, el éxito de que el Tribunal Europeo haya podido aplicar este principio “en gran cantidad de ocasiones (...) como herramienta utilísima al servicio de la defensa de los derechos fundamentales de los Estados parte.” GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y...*, *cit.*, p. 57.

aquellos que resulten proporcionados (aunque, como reconoce el autor, igualdad y proporcionalidad “no coinciden exactamente”).<sup>1346</sup>

- El artículo 15; el principio de proporcionalidad se integra en el derecho a la vida y a no sufrir tratos inhumanos o degradantes (esta fundamentación sólo operaría en los supuestos más extremos).<sup>1347</sup>
- El artículo 25.1; un trato desproporcionado conduce a la transgresión del principio de legalidad.<sup>1348</sup>

Para GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ el principio de proporcionalidad procede de una positivización de los principios liberales surgidos durante la Revolución Francesa, que en un primer momento se plasmaron en el artículo 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789<sup>1349</sup>) y, siglo y medio más tarde, pasaron a la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)<sup>1350</sup>. Actualmente, el principio de proporcionalidad se recoge de forma expresa en el artículo 49.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales

---

<sup>1346</sup> Cfr. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., Proporcionalidad y..., *cit.*, pp. 59-61.

<sup>1347</sup> *Op.cit.*, pp. 61 y 62.

<sup>1348</sup> *Op. cit.*, pp. 62 y 63.

<sup>1349</sup> Declaración aprobada por la Asamblea Nacional Francesa, el 26 de agosto de 1789.

<sup>1350</sup> Declaración aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *op. cit.*, pp. 180 y 181.

de la Unión Europea (2000)<sup>1351</sup>. De forma coherente con dicho análisis, estos autores señalan al artículo 10.2 de la CE como fundamento constitucional del principio de proporcionalidad<sup>1352</sup>.

Al margen de las diferentes opciones planteadas por la doctrina y jurisprudencia constitucional, finalizo este apartado con la cita de su fundamento legal, previsto en la LRJPAC<sup>1353</sup>:

“1. Las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, en ningún caso podrán implicar, directa o subsidiariamente, privación de libertad.

2. El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.

3. En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:

---

<sup>1351</sup> Carta proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000.

<sup>1352</sup> *Ibidem*. Así se reconoce, entre otras sentencias del Tribunal Constitucional, en la STC 62/1982, de 15 de octubre, fundamento jurídico séptimo.

<sup>1353</sup> Artículo 131 de la Ley 30/1992

- a) La existencia de intencionalidad o reiteración.
- b) La naturaleza de los perjuicios causados.
- c) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.”



#### V.4.3- Baremo sancionador y principio de proporcionalidad

COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN caracterizan el “principio de prohibición de exceso”, a través de dos requisitos que debería cumplir toda actuación, judicial o administrativa, dirigida a imponer una carga o gravamen a los ciudadanos: primero, la *adecuación* al fin perseguido; la medida debe ser apta para lograr su finalidad; segundo, la *necesidad* de la medida; el carácter fragmentario del Derecho penal obliga a reservar su tutela, subsidiariamente, para la protección de los bienes jurídicos más importantes y frente a aquellos ataques más graves o lesivos (principio de intervención mínima o *última ratio*)<sup>1354</sup>.

Durante la elaboración del baremo sancionador he tenido presente los límites anteriores en atención al principio de proporcionalidad; primero, porque he configurado las tablas del baremo de forma proporcionada a cada grupo de infracciones, leves, graves y muy graves; y segundo, porque he revestido el baremo de una especial flexibilidad para acoger los criterios previstos en la LTG de cara a la individualización gradual de las sanciones de forma proporcionada en cada uno de los supuestos de hecho. Esta flexibilidad se aprecia, especialmente, en la diversidad de tramos contemplados en cada una de las tablas; así, ocho tramos diferentes (A-B-C-D-E-F-G-H) para las tablas de los establecimientos turísticos y sus diferentes categorías y diez tramos

---

<sup>1354</sup> Cfr. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *op. cit.*, pp. 84-90. Ambos coinciden con la fundamentación constitucional del principio de proporcionalidad vía art.10.2 de la CE.

distintos (A-B-C-D-E-F-G-H-I-J) para los diferentes cuadros de sanciones, que han sido distribuidas en tres columnas por razón de la mayor o menor gravedad de la conducta infractora.

Además, el baremo se caracteriza por su proporcionalidad en sentido estricto, esto es, cada una de las conductas infractoras ha quedado ordenada atendiendo a su menor o mayor gravedad con respecto a los diferentes bienes jurídicos protegidos por el legislador. Esta especial nota de proporcionalidad se aprecia claramente en una peculiar circunstancia: cualquier conducta infractora, con independencia del nivel en el que se encuentre, puede llegar a ser sancionada con el apercibimiento (infracciones leves), o con la cuantía mínima de multa prevista para ese concreto grupo de infracciones en la LTG<sup>1355</sup>.

No quiero finalizar la exposición del principio de proporcionalidad sin mencionar la figura de la *conciliación*, como un elemento más a tener en cuenta para la determinación sancionadora, ya que su concurrencia podría eximir de responsabilidad al sujeto infractor, o bien, atenuar su culpabilidad.<sup>1356</sup>

En definitiva, el baremo sancionador es un instrumento al servicio de la determinación sancionadora caracterizado por dos notas: la *flexibilidad* y la *proporcionalidad* (en sentido estricto), que lo convierten en una herramienta idónea para efectuar juicios de ponderación en materia de disciplina turística de

---

<sup>1355</sup> El artículo 114 de la Ley 7/2011 prevé como *sanciones mínimas* para las infracciones leves el apercibimiento, para las infracciones graves la multa por cuantía de 901 euros y para las infracciones muy graves la multa por cuantía de 9001 euros.

<sup>1356</sup> Vid. artículo 121 de la Ley 7/2011.



conformidad con los siguientes parámetros: la conducta infractora, el daño causado y el grado de responsabilidad del sujeto infractor, todo ello con el objetivo de lograr una sanción justa y equitativa.



## V.5- El principio de culpabilidad<sup>1357</sup>

“Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.”<sup>1358</sup>

### V.5.1 Concepto y evolución

La culpabilidad “es el reproche personal que se dirige al autor por la realización de un hecho típicamente antijurídico”<sup>1359</sup>. En cuanto principio que limita el *ius puniendi estatal*, es consecuencia directa de una concepción del hombre como “ser libre y racional” es decir, con capacidad para ajustar su conducta al ordenamiento jurídico y, por consiguiente, con aptitud para asumir su

---

<sup>1357</sup> Un análisis crítico sobre la “crisis del principio de culpabilidad” expuesto a través de las diferentes teorías que cuestionan su papel como fundamento de la pena, como el determinismo (HUME), el indeterminismo o la libertad de la voluntad, la culpabilidad como límite (ROXIN), la culpabilidad jurídica (CEREZO MIR), la culpabilidad sin reproches (HASSEMER), o la culpabilidad finalista (JAKOBS), lo tenemos en la obra de VIVES ANTÓN, T.S., Fundamentos del sistema..., *cit.*, capítulo XIX, pp. 833-870. Por otra parte, la aplicación del principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador es muy reciente, ya que hasta hace bien poco se admitía la responsabilidad objetiva, por ejemplo, en materia de disciplina de mercado. El profesor TORÍO LÓPEZ describe la crisis del principio de culpabilidad desde el “fundamento mismo del principio”, ya que la teoría retributiva de HART “ha cedido el paso a la *teoría general de la culpabilidad*” que declara la imposibilidad de probar si el sujeto infractor pudo obrar de otro modo y abre la puerta a las teorías preventivas de la culpabilidad, de conformidad con la “teoría de los fines de la pena”. Sin embargo, frente al carácter objetivo e impersonal de la antijuridicidad, el autor reivindica el “carácter individualizador” de este principio y propone un juicio de culpabilidad basado en “la determinación –y desaprobación– del enlace personal y subjetivo entre el autor y su acción”, es decir, propone un concepto subjetivo de culpabilidad de carácter personal e irrepetible sin renunciar a un posible análisis de la relaciones del individuo con su entorno social. *Cfr.* TORÍO LÓPEZ, A. “El concepto individual de culpabilidad”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXXVIII, fascículo 2, MJ/MP/BOE, 1985, pp. 285-302.

<sup>1358</sup> CEDH, artículo 6.2. El artículo 48.1 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, dispone lo siguiente: Todo acusado se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”

<sup>1359</sup> COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M., *op. cit.*, p. 165.

responsabilidad ante determinados comportamientos antijurídicos y tipificados como delitos, faltas o infracciones administrativas en una norma de rango legal.<sup>1360</sup> Bajo este fundamento, el concepto de culpabilidad está ligado a “la idea de responsabilidad individual y pretende determinar si, de acuerdo a las características del autor o su situación concreta, el hecho le puede ser reprochado.”<sup>1361</sup>

Si seguimos esta concepción de la culpabilidad, como un reproche de carácter personal que “trasciende” como mero elemento del tipo penal a un verdadero “mandato político criminal”, reconoceremos la importancia de determinar la pena de acuerdo con “los factores individuales” del sujeto activo y no, exclusivamente, sobre la base de “factores inherentes al hecho mismo”<sup>1362</sup>. Esto significa que las circunstancias personales del sujeto infractor deberían primar sobre las circunstancias externas u objetivas de la conducta en la fijación de la pena concreta.<sup>1363</sup>

---

<sup>1360</sup> *Ibidem*.

<sup>1361</sup> MILTON PERALTA, J., “Dogmática del hecho...”, *cit.*, p. 617.

<sup>1362</sup> *Cfr.* GARCÍA RIVAS, N., *op. cit.*, p. 95,

<sup>1363</sup> *Ibidem*. GARCÍA RIVAS propone la consideración de aspectos personalísimos en la determinación de la pena o sanción como un posible déficit de socialización o integración social del individuo (v. gr. “analfabetismo funcional o deficiente socialización”). De esta forma, su propuesta vincula el principio de culpabilidad con la igualdad, proclamada por la Constitución española como un valor superior del ordenamiento jurídico. En este mismo sentido, *vid.* el manual de GÓMEZ TOMILLO que expone el juicio de culpabilidad, de carácter “complejo y material”, como aquel proceso por el que se individualiza la responsabilidad del sujeto infractor y que incorpora al Derecho administrativo sancionador “el pensamiento de que no sólo debe tratarse lo igual como igual, sino lo desigual como desigual”. *Cfr.* GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, pp. 379-382.

En palabras de QUINTERO OLIVARES: “El Derecho Penal no juzga «cosas o hechos acaecidos por intervención del hombre» sino «conductas humanas» y éstas son, para el derecho, o conscientes o imprudentes.”<sup>1364</sup>

Así, el presupuesto de la culpabilidad está ligado a la dignidad humana, la cual es fundamento del orden político y de la paz social de conformidad con el artículo 10 CE<sup>1365</sup>. De esta forma, el Código penal proscribe la imposición de cualquier pena sin la concurrencia de la culpabilidad, bien se trate de dolo o imprudencia<sup>1366</sup>. Sin embargo, este principio no se encuentra reconocido de forma expresa por el ordenamiento administrativo sancionador, hasta el punto de que ha sido necesaria la intervención del Tribunal Constitucional para

---

<sup>1364</sup> QUINTERO OLIVARES, G., “La autotutela...”, *cit.*, p. 264

<sup>1365</sup> *Cfr.* COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M., *op. cit.*, pp. 57-61. Estos autores fundamentan el principio de culpabilidad en la “libertad humana y su especial dignidad”, lo cual les lleva a extender sus efectos a la determinación e individualización de las penas, que deberán ser adecuadas y proporcionadas al grado de culpabilidad del autor.

<sup>1366</sup> Artículo 5 del CP: “No hay pena sin dolo o imprudencia.” Tal y como se deduce del artículo 12 del CP (“Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley.”), de conformidad con los principios de intervención mínima y *ultima ratio*, la primera forma de culpabilidad en nuestro ordenamiento penal es el dolo, integrado por dos elementos esenciales: conciencia y voluntad. El *elemento intelectual* no sólo exige el conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción, sino también su significación antijurídica. Por su parte, el *elemento volitivo* implica que el autor conoce las consecuencias de su conducta antijurídica y, en función del grado de aceptación de éstas, podemos distinguir tres clases de dolo: a) directo de primer grado (el autor realiza la conducta porque persigue el resultado); b) directo de segundo grado (el autor no persigue pero acepta las consecuencias de su conducta antijurídica); c) eventual (el autor asume las *probables* consecuencias de su conducta antijurídica). Por el contrario, la imprudencia sólo exige la realización de la conducta antijurídica como consecuencia de la inobservancia de un “*deber de cuidado que personalmente le incumbe*” (carácter individual o subjetivo), a la vez que prevé la *posibilidad* de que se produzca un resultado que sería consecuencia (carácter objetivo) de su acción. Entre las diversas clases de imprudencia podemos citar la imprudencia grave o leve, la culpa consciente o inconsciente y la imprudencia profesional o la cometida mediante vehículo de motor. *Cfr.* COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M., *op. cit.*, pp. 185-192.

desterrar la teoría de la responsabilidad objetiva en su ámbito de aplicación<sup>1367</sup>.

No obstante la reiterada jurisprudencia constitucional que se ha pronunciado en este sentido, tanto en el ámbito penal como administrativo<sup>1368</sup>, dicha omisión ha dado lugar a que autores, como BAJO FERNÁNDEZ, pongan en entredicho la regulación de prevista en la LRJPAC.<sup>1369</sup>

Efectivamente, en primer lugar, la LRJPAC establece la existencia de responsabilidad “aún en el caso de simple inobservancia”<sup>1370</sup> y, a continuación,

---

<sup>1367</sup> Fueron la doctrina penal, primero, y el propio Derecho penal, después, los encargados de desterrar la responsabilidad objetiva del *ius puniendi* estatal. Así, como indica QUINTERO OLIVARES, “cuando la Reforma de 1983 incluyó en el artículo 1º CP la exigencia de que cualquier acción punible tuviera necesariamente que ser dolosa o culposa, coronó un esfuerzo doctrinal desarrollado durante muchos años en pos de la supresión del *versari in re illicita* y todas las formas de responsabilidad objetiva.” QUINTERO OLIVARES, G., “La autotutela...”, *cit.*, p. 253. El mismo problema se reproduce en el Derecho administrativo sancionador y se resuelve, de conformidad con los postulados del Derecho penal, con la STC 76/1990, que establece como requisito imprescindible para la imposición de una sanción la exigencia de la culpabilidad en toda conducta infractora, con independencia de su regulación legal. Entre muchos otros autores *vid.* QUINTERO OLIVARES, G., “La autotutela...”, *cit.*, pp. 253-269; LUZÓN PENA, D.M., Enciclopedia Penal Básica, Comares, Granada, 2002, p. 862; y GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *op. cit.* p. 176.

<sup>1368</sup> Entre otras, SSTC 246/1991, de 19 de diciembre; 102/1994, de 11 de abril, 120/1994, de 25 de abril; 272/1994, de 17 de octubre; 103/1995, de 3 de julio; 133/1995, de 25 de septiembre; 120/2005, de 10 de mayo; y 164/2005, de 20 de junio. Más recientemente, STC 57/2010, de 4 de octubre, en la que el Tribunal Constitucional declaró (fundamento jurídico noveno): “Como ha dicho este Tribunal el principio de culpabilidad es el elemento «que marca la frontera de la *vindicta* con la justicia» (STC 133/1995, de 25 de septiembre, FJ 2; y en el mismo sentido, SSTC 102/1994, de 11 de abril, FJ 3; 34/1996, de 11 de marzo, FJ 3; y ATC 43/1996, de 26 de febrero, FJ 2)”.

<sup>1369</sup> Artículos 130 y 131 de la Ley 30/1992. *Cfr.* BAJO FERNÁNDEZ, M., *op. cit.*, pp. 15-17.

<sup>1370</sup> Para NIETO GARCÍA el artículo 130.1 de la LRJPACC debe ser analizado desde el dogma de la culpabilidad y encuentra su justificación a partir del desdoblamiento de los conceptos de autoría y la responsabilidad: “Este desdoblamiento nos trae, en primer término, la exigencia de la culpabilidad en el responsable, (...); la autoría o imputación de la infracción exige culpabilidad, pero no así la imputación de responsabilidad realizada *ex lege*. Esta es, a mi juicio, la única forma de salvar el discutido número uno del artículo 130 de la LPAC”. NIETO GARCÍA, A., *op. cit.*, p. 461. Este criterio de la distinción entre autoría y responsabilidad, unido a la “estructura dual” del Derecho administrativo sancionador (norma primaria y norma secundaria), permite al autor resolver aquellos supuestos en los que la culpa *in vigilando* no

señala como uno de los criterios generales para la graduación de la sanción administrativa “la existencia de intencionalidad”<sup>1371</sup>, por lo que, a juicio del citado autor, la existencia o no de culpabilidad tan solo será un criterio más para graduar la sanción pero no un elemento imprescindible para el ejercicio de la potestad sancionadora. BAJO FERNÁNDEZ<sup>1372</sup> cita la interpretación de GONZÁLEZ-CUÉLLAR sobre el término “inobservancia”, al que considera como la omisión del deber de cuidado, admitiendo la concurrencia de la *culpa in vigilando*.<sup>1373</sup>

---

sirve para atribuir la responsabilidad de la persona titular de la empresa frente a las actuaciones del personal del establecimiento o actividad. *Cfr. op. cit.*, p. 463 y 464. NIETO GARCÍA lo expone a través del siguiente ejemplo: “La norma primaria impone el mandato de establecer y conectar aparatos de alarma en las armerías; se dirige por tanto a los titulares de ellas; mientras que la norma secundaria castiga a los que no dan cumplimiento a lo dispuesto en la norma anterior. Este incumplimiento puede haber sido realizado por el encargado o empleado y en tal caso éste será el autor material; pero el responsable será siempre el titular de la armería incluso aunque haya obrado con diligencia (no puede atribuirse culpa *in vigilando* al propietario de una cadena de armerías que al frente de cada una de ellas ha colocado personas de experiencia y a las que ha dado un poder general de dirección con obligación de rendir cuentas anuales)”. *Op. cit.*, p. 464. Trasladado este ejemplo al ámbito turístico, dadas las dificultades de separar la culpa de la responsabilidad administrativa bajo la vigencia del principio de culpabilidad, considero muy importante la labor de asesoramiento y actualización en materia de ordenación turística que la Administración gallega preste a las personas titulares de los establecimientos y actividades del sector, para poder atribuirles cierto grado de culpabilidad y responsabilidad por las conductas de su personal, “aún a título de simple inobservancia”.

<sup>1371</sup> Artículo 131.3, letra a), de la Ley 30/1992.

<sup>1372</sup> *Cfr.* BAJO FERNÁNDEZ, M., *op. cit.*, p. 15

<sup>1373</sup> “Más que a la norma, la última palabra del apartado primero del artículo 130 debe ser referida al «deber de cuidado». Si no existe inobservancia del deber de cuidado exigible al sujeto, la «inobservancia de la norma» no justifica la imposición de la sanción. Ahora bien, también es cierto que el principio de culpabilidad puede ser matizado, que no obviado, en el Derecho administrativo sancionador, lo cual implica que resulta admisible la atribución de responsabilidad en este campo debido a la infracción de un deber de cuidado más exigente o, si se prefiere, examinado de forma más flexible. Sería suficiente la simple «*culpa in vigilando*».” GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., “Las sanciones administrativas...” *cit.* p. 32.



Sin embargo, la cuestión queda abierta cuando se dirige hacia la posibilidad de conciliar la redacción de la LRJPAC<sup>1374</sup> con la exigencia de responsabilidad a las personas jurídicas y el requisito de la culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador.<sup>1375</sup> NAVARRO CARDOSO insiste en el problema de la culpabilidad y añade a las cuestiones formuladas por BAJO FERNÁNDEZ

---

<sup>1374</sup> Artículo 130 de la Ley 30/1992.

<sup>1375</sup> Cuestión que la Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio (BOE núm. 152, de 23/06/2010), ha transferido al ámbito penal con la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código penal mediante una doble vía, tal y como describe el legislador en el apartado VII de la exposición de motivos: “Junto a la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados, naturalmente con la imprescindible consideración de las circunstancias del caso concreto a efectos de evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación. Se deja claro que la responsabilidad penal de la persona jurídica podrá declararse con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física. (...) En este ámbito se concreta un catálogo de penas imponibles a las personas jurídicas, añadiéndose -respecto a las hasta ahora denominadas consecuencias accesorias (disolución, suspensión de actividades, clausura de establecimientos...)-, la multa por cuotas y proporcional y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones Públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la seguridad social. Se opta en este punto por el sistema claramente predominante en el Derecho comparado y en los textos comunitarios objeto de transposición, según el cual la multa es la pena común y general para todos los supuestos de responsabilidad, reservándose la imposición adicional de otras medidas más severas sólo para los supuestos cualificados que se ajusten a las reglas fijadas en el nuevo artículo 66 bis. Igualmente, se tiene en cuenta el posible fraccionamiento del pago de las multas que les sean impuestas a las personas jurídicas cuando exista peligro para la supervivencia de aquellas o la estabilidad de los puestos de trabajo, así como cuando lo aconseje el interés general. Además, se regulan taxativamente los supuestos de atenuación de la responsabilidad de las personas jurídicas, entre los que destacan la confesión de la infracción a las autoridades, la reparación del daño y el establecimiento de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro puedan cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.” Sobre esta cuestión *vid.* NIETO MARTÍN, A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010”, REXURGA, núm. 63, 2009, pp. 47-70, disponible en la dirección de internet: <http://www.rexurga.es/pdf/COL260.pdf>; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español (una visión crítica)”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 25, Junta de Castilla y León, 2011, pp. 7-42; BAJO FERNÁNDEZ, M., “¿Puede una persona jurídica...”, *cit.*, pp. 11-29; y BOLDOVA PASAMAR, M. A., “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española”, *Estudios Penales y Criminológicos*, USC, vol. XXXIII, 2013, pp. 219-263, disponible en la dirección de internet: [www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/download/1395/1667](http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/download/1395/1667)



los supuestos de responsabilidad conjunta o solidaria, los cuales, a su juicio, resultan incompatibles con la necesaria individualización de la culpabilidad.<sup>1376</sup>

NAVARRO CARDOSO analiza también aquellos supuestos en los que la exigencia de responsabilidad administrativa a la empresa deviene por las acciones de sus trabajadores, lo cual sucede habitualmente en el ámbito de la disciplina turística, donde la persona titular de la empresa responde de las posibles infracciones cometidas por sus empleados durante el desarrollo de la actividad (*culpa in vigilando* - *culpa in eligendo*)<sup>1377</sup> y acepta dicha

---

<sup>1376</sup> Cfr. NAVARRO CARDOSO, F., *op. cit.*, pp. 49-67. El autor expone la fórmula de la “actuación en nombre de otro” y, siguiendo la interpretación de SUAY RINCÓN, expone el artículo 130 como un sistema de responsabilidad para sancionar a los verdaderos culpables de la conducta infractora, esto es, a los administradores de la sociedad. De esta forma, los socios –por medio del capital social– no tienen por qué asumir la responsabilidad de los sujetos que toman las decisiones de modo efectivo (especie de *levantamiento del velo* societario en el Derecho administrativo sancionador). Vid. BELTRÁN DE FELIPE, M., *op. cit.* (II), p. 21.

<sup>1377</sup> No faltan críticas a este fundamento desde los postulados de la STC 246/1991, de 19 de diciembre, que declara la vigencia del principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador, “...pues en la medida en que la sanción de dicha infracción es una de las manifestaciones del *ius puniendi* del Estado resulta inadmisibles en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa (STC 76/1990). Incluso este Tribunal ha calificado de «correcto» el principio de la responsabilidad personal por hechos propios –principio de la personalidad de la pena o sanción– (STC 219/1988). Todo ello, sin embargo, no impide que nuestro Derecho Administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles, pues, capacidad infractora. Esto no significa, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz (en el presente caso se trata del riguroso cumplimiento de las medidas de seguridad para prevenir la comisión de actos delictivos) y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma.” STC 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2º. En consecuencia, la culpa *in eligendo* o *in vigilando* rompe “la traslación, como acto propio, de los actos infractores y del correlativo juicio de culpabilidad, de la persona física a la jurídica” porque con este fundamento “se genera una

responsabilidad sobre la base del instituto de la “*comisión por omisión*”, es decir, trasladando la figura del “*garante*” a la empresaria o empresario siempre que la ley sectorial recoja de forma expresa dicha responsabilidad<sup>1378</sup>, como ocurre en la LTG<sup>1379</sup>.

Otros autores defienden un fundamento distinto para la atribución de la culpabilidad a la persona jurídica por conductas de sus empleados, como “el hecho de que la persona jurídica sea el centro de imputación de la obligación incumplida”, razón por la que será imputable a ésta cualquier conducta, lícita o ilícita de aquéllos.<sup>1380</sup>

---

nueva actuación, (...), digna de un nuevo y distinto juicio de reproche, como es el no haber puesto la diligencia debida en la vigilancia y control que le era exigible.” AYALA MUÑOZ, N. y PERAL DÍEZ, C., *Manual de Derecho administrativo...*, *cit.*, p. 204.

<sup>1378</sup> Cfr. NAVARRO CARDOSO, F., *op. cit.*, p. 59. Con respecto a la responsabilidad penal de los empresarios por delitos cometidos en el ámbito de la empresa, *vid.* DEMETRIO CRESPO, E., “Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados”, *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, núm. 28, Legis, 2009, pp. 195-225.

<sup>1379</sup> El artículo 107.2 de la Ley 7/2011 dispone lo siguiente: “Las personas titulares de empresas y actividades turísticas serán responsables administrativamente de las infracciones cometidas por el personal afecto a su servicio, sin perjuicio de las acciones de resarcimiento que resultasen procedentes.”

<sup>1380</sup> Es decir, de la misma forma que el cumplimiento de una obligación legal por sus empleados es atribuido a la persona jurídica, con el consiguiente beneficio, “también habrá de perjudicarle la actuación que realice el empleado en sentido contrario”. Cfr. AYALA MUÑOZ, N. y PERAL DÍEZ, C., *Manual de Derecho administrativo...*, *cit.*, p. 205. Este fundamento descansa sobre la concurrencia de dos requisitos: primero, “que la actuación se produzca en el ejercicio de las funciones que correspondan a la persona jurídica en relación con la empresa” y, segundo, “que la obligación incumplida sea exigible a la persona jurídica.” *Ibidem.* Sobre la formación del concepto de personalidad jurídica en el Derecho público y su evolución *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “El concepto de personalidad jurídica en el Derecho público”, RAP, núm. 129, CEPC, septiembre/diciembre, 1992, pp. 195-207.

Otro argumento a favor de la culpabilidad de las empresas por las posibles conductas antijurídicas de sus empleados, especialmente cuando suceden en el ámbito de aplicación de la directiva de servicios<sup>1381</sup>, como el sector turístico<sup>1382</sup>, sería el mayor grado de responsabilidad asumido por la persona titular de la empresa con la firma de la declaración responsable antes del inicio de la actividad, ya que se trata de un acto jurídico privado en el que declara el cumplimiento de todos los requisitos dispuestos en la ordenación correspondiente, lo que, bajo mi punto de vista, exige un mayor grado de profesionalidad de las personas titulares de estas empresas turísticas bajo el cual podríamos apreciar indicios de infracción administrativa ante ilícitos derivados de una “simple inobservancia” o en los que concurra una “culpa levísima” del sujeto infractor.<sup>1383</sup>

---

<sup>1381</sup> También conocida como Directiva Bolkestein porque fue Frits Bolkestein, comisario europeo para el mercado interno durante la presidencia de Romano Prodi, quien propuso y defendió la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, relativa a los servicios en el Mercado interno. La directiva fue presentada por la Comisión Europea en febrero de 2004, aprobada en noviembre de 2006 y está en vigor desde el 28 de diciembre de 2006, aunque en España no se produjo su trasposición hasta la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Sobre la directiva de servicios y su repercusión en el ámbito de la disciplina turística *vid. supra* notas a pie de pág. núm. 814, 886 y 1029.

<sup>1382</sup> A excepción de los campamentos de turismo que todavía permanecen bajo el límite previo de la autorización administrativa, el resto de establecimientos y actividades turísticas se someten al procedimiento de apertura y clasificación turística bajo la declaración responsable.

<sup>1383</sup> Ello porque la firma de una declaración responsable acerca del cumplimiento de todos los requisitos de una ordenación administrativa debería comportar su previo conocimiento y verificación personal, además del compromiso de su mantenimiento. Así, por ejemplo, el modelo oficial de declaración responsable relativa a modificaciones o reformas sustanciales que afecten a las condiciones de los establecimientos turísticos recoge, de forma expresa, estas dos declaraciones de la persona titular de la empresa: a) “Que la empresa/entidad de la que soy titular/representante cumple con los requisitos exigidos para el cambio que pretende, de acuerdo con la normativa turística vigente:” y b) “Que me comprometo a mantener el cumplimiento de los citados requisitos durante el tiempo de vigencia de la actividad, relativos al establecimiento y a su clasificación turística.”

DE PALMA DEL TESO, una de las autoras más especializadas en el principio de culpabilidad, lo concibe como presupuesto para la consecución de los fines de prevención general y especial, propios de la potestad punitiva estatal, ya sea penal o administrativa.<sup>1384</sup> Si el ordenamiento jurídico dispusiese un sistema de responsabilidad objetiva, es decir, no basado en parámetros de culpabilidad, nadie estaría a salvo de cometer ilícitos, por lo que desaparecería la motivación de los individuos.<sup>1385</sup>

Para esta autora el principio de culpabilidad es un elemento diferenciador entre el Derecho penal y el administrativo sancionador, porque los delitos se determinan tomando como referencia el dolo (consciencia, conocimiento, voluntad y representación)<sup>1386</sup>, mientras que las infracciones administrativas toman como referencia la culpa (negligencia)<sup>1387</sup>. Esta diferencia se basa en el diferente grado de protección que las dos ramas del *ius puniendi* otorgan a los

---

<sup>1384</sup> Cfr. DE PALMA DEL TESO, A. "La culpabilidad", en Justicia Administrativa, número extraordinario, "Infracciones, sanciones y procedimiento sancionador", homenaje al profesor Alejandro Nieto, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 30.

<sup>1385</sup> *Ibidem*.

<sup>1386</sup> "El dolo es la producción de un resultado típico y antijurídico con *consciencia* de que se quebranta un deber; *conocimiento* de la relación de causalidad existente entre la propia conducta y el hecho dañoso; *voluntad* de realizar la acción y *representación* del resultado que se quiere o ratifica." JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *op. cit.*, p. 93. El profesor JIMÉNEZ DE ASÚA, formuló esta definición, integradora de las doctrinas de la voluntad y de la representación, con el propósito de facilitar la construcción dogmática del dolo eventual frente a la culpa consciente o con representación.

<sup>1387</sup> "En el Derecho penal el dolo es el protagonista principal. Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley (art. 12 CP). Con fundamento en el principio de intervención mínima, la regla es la punición de los hechos que responden al título de imputación más grave –el doloso– y sólo de forma excepcional los que tienen origen en el título menos grave de la imprudencia. En cambio, en el Derecho administrativo sancionador sucede lo contrario; la protagonista es la culpa o negligencia. El papel del dolo en este ámbito es subsidiario." DE PALMA DEL TESO, A., *op. cit.*, p. 34

diversos bienes jurídicos protegidos. El carácter fragmentario del ordenamiento penal reduce su tutela, como regla general, a los supuestos en que el bien jurídico resulta dañado por la conducta antijurídica, mientras que la tipificación de infracciones administrativas tiende a proteger su simple puesta en peligro.<sup>1388</sup>

Así las cosas, en el Derecho penal se produce un juicio de reproche ético-social que no existe en el Derecho administrativo sancionador porque, como declaró de forma reiterada la jurisprudencia constitucional, la aplicación de los principios del orden penal ha de efectuarse al plano administrativo de forma atenuada, “con matices”. De este modo y salvo que el legislador tipifique expresamente el dolo como un elemento subjetivo del injusto, en el Derecho administrativo sancionador constituirá una circunstancia agravante de la responsabilidad del sujeto infractor, mientras que la culpa, en atención a su grado, operará como la propia responsabilidad exigida o bien como circunstancia atenuante.<sup>1389</sup>

Por último, de la mano del profesor GARCÍA RIVAS, expongo los fines de la culpabilidad divididos en dos grupos:

---

<sup>1388</sup> *Ibidem.*

<sup>1389</sup> “En el Derecho administrativo sancionador el dolo constituye, de forma general, una agravante de la responsabilidad. En efecto, el art. 131.3.a) de la LRJ-PAC establece como criterio para graduar la sanción “la existencia de intencionalidad”. Lo mismo sucede en numerosas leyes sectoriales. Por tanto, a excepción de los casos en que el dolo constituye un elemento subjetivo del tipo, la comisión dolosa del ilícito administrativo tiene carácter de agravante.” *Ibidem.*

1.- El principio de culpabilidad permite “la imputación subjetiva del hecho” y excluye la responsabilidad objetiva, es decir, la responsabilidad sin dolo o culpa; también posibilita un tratamiento diferenciado a los sujetos con diversos grados de responsabilidad y permite apreciar los distintos grados de participación.<sup>1390</sup>

2.- La culpabilidad contribuye a la consecución del principio de proporcionalidad porque coopera en la adecuación de las consecuencias jurídicas del ilícito a las particularidades subjetivas de la conducta infractora; en palabras del autor, “las penas para cada delito (...) que sirven a la tutela del bien jurídico deben acomodarse a la gravedad de la afectación del bien jurídico y a las propiedades subjetivas de la conducta que atenta contra él.”<sup>1391</sup>

---

<sup>1390</sup> Cfr. GARCÍA RIVAS, N., *op. cit.*, pp. 58-60.

<sup>1391</sup> GARCÍA RIVAS, N., *op. cit.*, p. 61.

### V.5.2- Fundamento constitucional

Tal y como acontecía con el principio de proporcionalidad, la falta de una previsión constitucional expresa admite diferentes propuestas para la fundamentación del principio de culpabilidad, que pasan por:

- El principio de seguridad jurídica (art. 9.3 de la CE).
- El respeto a la dignidad de la persona (art. 10.1 de la CE).
- El principio de legalidad (art. 25.1).
- La declaración expresa de la presunción de inocencia<sup>1392</sup> (art. 24.2 de la CE)<sup>1393</sup>.

---

<sup>1392</sup> Sobre la presunción de inocencia VIVES ANTÓN destaca dos sentencias del Tribunal Constitucional, primero, la STC 31/1981, de 28 de julio, de la que se desprende, por ejemplo, que los atestados policiales no constituyen prueba en el expediente sancionador sino denuncia previa, doctrina que podríamos aplicar a las actas de la inspección turística, sin perjuicio de su posterior incorporación al expediente mediante la ratificación del agente actuante y, segundo, la STC 81/1998, de 2 de abril, que, para este autor, constituye “el canon que recoge las exigencias de la presunción de inocencia en el ámbito de la jurisdicción ordinaria” *Cfr.* VIVES ANTÓN, T. S., Fundamentos del sistema..., *cit.*, pp. 695-711.

<sup>1393</sup> La presunción de inocencia es consecuencia del principio de culpabilidad, “porque la inocencia es lo contrario de la culpabilidad” y su vigencia en el Derecho penal implica la obligación de demostrar la culpabilidad mediante pruebas que destruyan la presunción reconocida en el artículo 24.2 de la CE como un derecho fundamental. Las dificultades surgen en su traslación al Derecho administrativo sancionador, ya que la presunción de inocencia podría resultar incompatible con la presunción de validez de los actos administrativos reconocida en el artículo 57.1 de la LRJPAC. Fruto de esta discordancia es la doctrina constitucional encabezada por la STC 76/1990, de 26 de abril, que reconoce valor probatorio a las actas de inspección pero sin invertir la carga de la prueba en el ciudadano inculcado. Esta doctrina pasó al derecho positivo a través del artículo 137.3 de la LRJPAC y se resume en tres puntos: (1) la sanción responderá siempre a una previa actividad probatoria de cargo; (2) la



VIVES ANTÓN considera a la presunción de inocencia como “la garantía más básica frente al poder de declarar y castigar la culpa”<sup>1394</sup>, ya que opera como límite objetivo frente a una posible condena del acusado basada en la “íntima convicción del juez”, lo cual impide que los ciudadanos queden a merced de los jueces y no del Derecho.<sup>1395</sup>

En palabras del autor: “En un sistema democrático sólo puede tomarse en consideración la «verdad» de la culpa si se ha obtenido de modo jurídicamente correcto (es decir, constitucionalmente legítimo; o sea, a través de un proceso justo) y se declara en una resolución también jurídicamente correcta. Eso implica que el poder del Estado ha de respetar los derechos de libertad del ciudadano para llegar, si procede, a declarar y castigar la culpa. (...) De modo que el respeto a la presunción de inocencia resulta ser, también, garantía de la verdad; sólo una verdad garantizada por ese respeto legitima, en un sistema democrático, el castigo.”<sup>1396</sup>

El citado autor analiza la evolución jurisprudencial de la presunción de inocencia y establece seis premisas o condiciones necesarias para poder

---

carga de la prueba incumbe a la Administración, en todo caso; y (3) una insuficiencia probatoria de los hechos objeto del expediente sancionador o de la culpabilidad del sujeto infractor dará lugar a una resolución absolutoria. *Cfr.* BELTRÁN DE FELIPE, M., *op. cit.* (II), pp. 24-33.

<sup>1394</sup> VIVES ANTÓN, T.S., Fundamentos del sistema..., *cit.*, p. 698.

<sup>1395</sup> *Cfr.* VIVES ANTÓN, T.S., Fundamentos del sistema..., *cit.*, pp. 700 y 701.

<sup>1396</sup> *Cfr.* VIVES ANTÓN, T.S., Fundamentos del sistema..., *cit.*, p. 703

desvirtuarla.<sup>1397</sup> 1) la presencia y constatación de una “auténtica prueba”; 2) que “la prueba practicada sea de cargo”, es decir, no sirve cualquier prueba para desvirtuar esta presunción; 3) la prueba debe ser “constitucionalmente válida”, lo cual excluye las pruebas practicadas “con vulneración de los derechos fundamentales”; 4) la prueba debe practicarse “con una contradicción *suficiente*”, tanto en relación a “cada uno de los hechos, datos y elementos probatorios importantes para el juicio”, como “a momentos relevantes anteriores a él”, lo cual evita “cualquier clase de juicio anticipado sobre la culpabilidad”<sup>1398</sup>; 5) la necesidad de una prueba “concluyente”, es decir, “que pueda inferirse, de modo no arbitrario, que la culpabilidad del acusado ha quedado probada.” Esta condición rige para todas las pruebas, no sólo para las pruebas de indicios, es decir, sometidas a un “*proceso de inferencia*”<sup>1399</sup>; 6)

---

<sup>1397</sup> Sobre la evolución de la jurisprudencia constitucional en torno a la presunción de inocencia, *vid. ibidem*, pp. 703-710, en las que VIVES ANTÓN cita las SSTC núm. 249/2000, de 30 de octubre; 94/2002, de 22 de abril; 22/2003, de 10 de febrero; 55/2005, de 14 de marzo; 34/2006, de 13 de enero; 230/2007, de 5 de noviembre; 91/2008, de 21 de julio, 102/2008 de 28 de julio; 148/2008, de 17 de noviembre; y 149/2008, de 17 de noviembre.

<sup>1398</sup> VIVES ANTÓN cita en esta premisa o condición a la STEDH de junio de 2005 (Goektepe contra Bélgica), que califica la contradicción como “el corazón del juicio justo”. *Cfr.* VIVES ANTÓN, T.S., Fundamentos del sistema..., *cit.*, p. 706.

<sup>1399</sup> El Tribunal Constitucional reconoce la aptitud de la prueba indiciaria o indirecta para desvirtuar la presunción de inocencia desde las SSTC núm. 174/1985 y 175/1985, ambas del 17 de diciembre, puesto que permite llegar al conocimiento de la realidad mediante un juicio de indicios sobre los hechos plenamente acreditados (indicios), basado en la lógica y las reglas de la experiencia de modo que podemos diferenciar esta de las meras sospechas: “Para trazar la distinción entre uno y otro supuesto, es decir, entre la existencia de una verdadera prueba indiciaria capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, y la presencia de simples sospechas, conviene recordar los criterios usualmente aceptados sobre la cuestión. Una prueba indiciaria ha de partir de unos hechos (indicios) plenamente probados, pues no cabe evidentemente construir certezas sobre la base de simples probabilidades. De esos hechos que constituyen los indicios debe llegarse a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano a considerar probados los hechos constitutivos de delito.” STC 174/1985, de 17 de diciembre, fundamento jurídico sexto. En este mismo sentido *vid.* SSTC 229/1988, de 1 de diciembre; 107/1989, de 8 de junio; 384/1993, de 21 de diciembre; 206/1994, de 11 de julio; 45/1997, de 11 de marzo; 65/2005, 14 de marzo; y 186/2005, de 4 julio. Por su parte, la

preferencia de la prueba directa sobre la indiciaria, es decir, siempre que un hecho pueda ser demostrado mediante prueba directa ésta desplazará a la prueba de indicios.<sup>1400</sup>

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha confirmado la vigencia del principio de legalidad en el ámbito administrativo sancionador sobre la base de los artículos 9.3 (seguridad jurídica) y 25.1 (legalidad sancionadora) de la Constitución española:<sup>1401</sup>

“No existe, por tanto, un régimen de responsabilidad objetiva en materia de infracciones tributarias ni nada ha cambiado al respecto la Ley 10/1985. Por el contrario, con independencia del mayor o menor acierto técnico de su redacción, en el nuevo art. 77.1 sigue rigiendo el principio de culpabilidad (por dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia), principio que excluye la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del contribuyente. Con ello queda dicho también que el citado precepto legal

---

jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido una serie de condiciones o requisitos que otorgan validez a la prueba de indicios: a) pluralidad de los hechos-base o indicios; b) los hechos-base o indicios están acreditados mediante una prueba de carácter directo; c) los hechos-base o indicios tienen carácter periférico respecto al dato fáctico a probar; d) interrelación de los indicios con el hecho nuclear que va a ser objeto de la prueba indiciaria, así como de los indicios entre sí; e) racionalidad de la inferencia; y f) motivación de la inferencia en la resolución judicial. *Vid.* SSTs de 17 de noviembre de 2000; de 11 de diciembre de 2000; de 21 de enero de 2001; de 29 de octubre de 2001; de 29 de enero de 2003; y de 16 de marzo de 2004, entre otras.

<sup>1400</sup> *Cfr.* VIVES ANTÓN, T.S., Fundamentos del sistema..., *cit.*, p. 703-710. Para un análisis de la presunción de inocencia en el proceso penal *vid.* VIVES ANTÓN, T.S., Fundamentos del sistema..., *cit.*, pp. 872-927.

<sup>1401</sup> STC núm. 76/1990, de 26 de abril, fundamento jurídico cuarto.

no ha podido infringir en modo alguno los principios de seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución) y de legalidad sancionadora (art. 25.1 de la Constitución).”

Su fundamento legal fue formulado por el legislador de la LRJPAC<sup>1402</sup> con la siguiente disposición:

1. “Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.
2. Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados que podrán ser determinados por el órgano competente, debiendo, en este caso, comunicarse al infractor para su satisfacción en el plazo que al efecto se determine y quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial correspondiente.
3. Cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se

---

<sup>1402</sup> Artículo 130 de la Ley 30/1992.

cometan y de las sanciones que se impongan. Serán responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas y jurídicas sobre las que tal deber recaiga, cuando así lo determinen las Leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores.”<sup>1403</sup>



---

<sup>1403</sup> Mi oposición al carácter solidario de la responsabilidad administrativa, cuyo reconocimiento la equipara a la responsabilidad civil, fue expuesta en el capítulo anterior, concretamente en la nota a pie de pág. núm. 872. El fundamento de esta crítica se apoya, primero, en la unidad del *ius puniendi* estatal y, además, en los principios de culpabilidad y personalidad de las penas.

### V.5.3- Baremo sancionador y principio de culpabilidad

El principio de culpabilidad nos permite distinguir diversos grados en la comisión de un hecho antijurídico, de modo que pueden tenerse en cuenta en la individualización de la sanción administrativa. Así, DE PALMA DEL TESO propone los siguientes grados de culpabilidad en relación con la diligencia mostrada por el sujeto infractor:

1º.- Dolo: conciencia y voluntad. El sujeto infractor es consciente de su conducta y quiere que se produzca el resultado; siempre que no forme parte del tipo infractor, su concurrencia se valorará como una circunstancia agravante de la responsabilidad administrativa.

2º.- Culpa grave o imprudencia temeraria: propia de una persona poco diligente.

3º.- Culpa leve o simple: propia de una persona con una diligencia media o normal.

4º.- Culpa levísima: propia de una persona con un alto grado de diligencia.<sup>1404</sup>

---

<sup>1404</sup> Cfr. DE PALMA DEL TESO, A., *op. cit.*, p. 36.

A diferencia del dolo, la culpa consiste en la falta de atención hacia un deber legal de cuidado, en la medida en que la persona no se comporta con la diligencia que le es exigible y realiza, sin intención, la conducta antijurídica de forma negligente, ya sea grave, leve o levísima.<sup>1405</sup> No obstante, tanto en las actividades sujetas a previa licencia o habilitación administrativa, como aquellas otras que se desarrollan en un determinado sector profesional, las personas titulares deberían responder de su actividad con un grado de diligencia máxima, es decir, cualquier ilícito administrativo acompañado de culpa, incluso levísima, sería susceptible de sanción administrativa mediante la incoación y tramitación del preceptivo expediente.<sup>1406</sup>

La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1999, confirma la apreciación de este grado de diligencia (culpa levísima) en aquellos supuestos relacionados con los consumidores y usuarios, en los que las diferentes ordenaciones exigen todo tipo de cautelas y medidas de control y diligencia:

“...aunque es cierto que el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, han declarado la aplicación de los principios sancionadores del orden penal al orden administrativo, también ha reiterado que no se trata de una mera trasposición, sino que se han de valorar las exigencias propias del orden administrativo, y por ello si la

---

<sup>1405</sup> *Ibidem*

<sup>1406</sup> La autora se apoya en una abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo, como las STS de 11 de marzo de 1998; de 5 de junio de 1998; de 23 de septiembre de 1998; de 23 de noviembre de 1998; de 7 de abril y 20 de septiembre de 1999. *Ibidem*.



norma que valoró la Administración y la sentencia apelada, Real Decreto 2506/1983, de 4 de agosto (RCL 1983\2006yApNDL 11247) y Real Decreto 1945/1983, otorga trascendencia en el orden sancionador «a las defraudaciones en la naturaleza, composición, calidad, riqueza, peso, o cualquier otra discrepancia que existiera entre las características reales y las ofrecidas» y señala como infracciones las producidas «de forma consciente y deliberada o por falta de los controles y precauciones exigibles en la actividad».<sup>1407</sup>

En algunos supuestos, la diligencia se exige incluso después de producirse el resultado lesivo, para poder reducirlo y buscar una solución inmediata.<sup>1408</sup>

El traslado de esta escala de culpabilidad a la configuración del baremo confiere un nivel de flexibilidad y proporcionalidad necesario para evaluar la intencionalidad del sujeto infractor; por este motivo la he incorporado en el apartado relativo a las circunstancias modificativas de la responsabilidad<sup>1409</sup>.

---

<sup>1407</sup> STS de 2 de marzo de 1999, fundamento jurídico cuarto.

<sup>1408</sup> Así sucede en el ámbito de la ordenación turística de Galicia, tal y como dispone, por ejemplo, el artículo 35, letra ñ), de la Ley 7/2011: “Los titulares de los establecimientos turísticos que hubieran incurrido en sobrecontratación estarán obligados a proporcionar dichos servicios en condiciones iguales o superiores a las pactadas y a sufragar los gastos suplementarios derivados de la sobrecontratación o a devolver la diferencia a la usuaria o usuario en caso de que los gastos del servicio sustitutorio fuesen menores que los contratados inicialmente.”

<sup>1409</sup> *Vid. supra* el apartado IV.2.4, apartado a), del capítulo anterior. Así, el dolo, salvo excepciones en las que forma parte del tipo infractor, opera como circunstancia agravante por lo que su concurrencia subirá un tramo más la sanción que resulte de la aplicación del baremo; la apreciación de culpa simple o negligencia mantendrá el mismo tramo sancionador resultante; por último, la culpa leve o inobservancia de un deber mínimo de cuidado, operará como una circunstancia atenuante, por lo que bajará en un tramo la sanción que resulte de la aplicación del baremo.

Expuesta esta graduación, quiero finalizar el apartado sobre el principio de culpabilidad con una breve referencia al carácter profesional de las empresas y actividades turísticas. Que la LTG obligue a los empresarios del sector a la inscripción de sus establecimientos y actividades en el Registro de empresas y actividades turísticas, ya mediante una autorización previa, ya mediante la presentación de una declaración responsable o una comunicación previa, así como su relación directa con el ámbito de los consumidores y usuarios, son factores que conllevan un deber mínimo de cuidado por parte de las personas titulares de los establecimientos, tanto en relación con el ejercicio de su actividad, de forma directa o a través del personal de servicio (*culpa in eligendo*), como en el control y supervisión hacia el trabajo desempeñado por sus empleados (*culpa in vigilando*), que no puede equipararse al grado de culpabilidad exigido en otros ámbitos en los que no concorra esta especial circunstancia. Por consiguiente, cualquier omisión de este deber mínimo de cuidado, por muy leve que sea, debería ser apreciado como culpabilidad y, sin perjuicio de la aplicación de la circunstancia atenuante correspondiente, en su caso, podría ser sancionada a través de un expediente sancionador.<sup>1410</sup>

---

<sup>1410</sup> Así las cosas, por ejemplo, cuando la comisión de una infracción leve se produzca en un establecimiento clasificado en una categoría inferior (circunstancia atenuante) y concorra culpa leve (circunstancia atenuante) en la persona responsable, la aplicación del baremo dará lugar, muy probablemente, a la imposición de un simple apercibimiento.

## V.6- El principio non bis in idem

“Nadie podrá ser perseguido o condenado penalmente por los tribunales del mismo Estado, por una infracción por la que ya hubiera sido absuelto o condenado en virtud de sentencia firme conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado.”<sup>1411</sup>

### V.6.1 Concepto y evolución

El principio *non bis in idem*, vinculado al principio de legalidad penal, prohíbe la aplicación de diversas normas de carácter sancionador a un único supuesto con identidad de sujeto, hecho y fundamento, esto es, que a un mismo individuo, como consecuencia de la realización de una misma conducta y la producción de un mismo resultado se le sancione dos o más veces por la aplicación de diferentes normas<sup>1412</sup> cuya fundamentación consiste en la misma tutela del bien jurídico protegido.<sup>1413</sup> Para CARBONELL MATEU este principio

---

<sup>1411</sup> Protocolo núm.7 al CEDH, artículo 4.1 (Estrasburgo, 22 de noviembre de 1984).

<sup>1412</sup> Es importante matizar que las dos sanciones provengan de normas diferentes, dado que a veces una única norma prevé sanciones conjuntas para una misma infracción, por lo general, la multa junto a la privación de un derecho. En estos casos el legislador no incurre en un *bis in idem* y su regulación no debería ser objeto de crítica desde esta perspectiva, “...sino, a lo sumo, desde la óptica del principio de proporcionalidad”. Cfr. CANO CAMPOS, T., *op. cit.*, p. 109. Este mismo autor hace un análisis sobre el principio *non bis in idem* en los concursos de normas administrativas y de infracciones, *vid.* CANO CAMPOS, T., “*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho administrativo sancionador”, RAP, núm. 156, CEPC, septiembre/diciembre, 2001, pp. 191-249.

<sup>1413</sup> Cfr. CARBONELL MATEU, J.C., *op. cit.*, p. 154

se apoya en “la unidad del Derecho sancionador” que exige la “unidad de la respuesta de este frente a los mismos hechos”.<sup>1414</sup>

En el ámbito administrativo sancionador, el principio *ne bis in idem* se manifiesta en dos planos distintos:<sup>1415</sup>

- En primer lugar, en el plano legislativo, al evitar la creación de diversas infracciones por una misma conducta.
- En segundo lugar, en el plano judicial y administrativo, al impedir la doble sanción por una misma conducta.

Si bien la sentencia que otorga el rango de constitucional a este principio es la STC núm. 2/1981, de 30 de enero, NAVARRO CARDOSO considera muy relevante la STC núm. 177/1999, de 11 de octubre<sup>1416</sup>, porque declara el

---

<sup>1414</sup> *Ibidem*.

<sup>1415</sup> Cfr. NAVARRO CARDOSO, F., *op. cit.*, pp. 34-49.

<sup>1416</sup> El fundamento jurídico tercero de esta sentencia declara lo siguiente: “...procede recordar la jurisprudencia de este Tribunal sobre el principio *ne bis in idem* que, desde la STC 2/1981, ha sido considerado como parte integrante del derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora (art. 25.1 C.E.). En el fundamento jurídico cuarto de aquella Sentencia se declaró que «El principio general de derecho conocido por *non bis in idem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones – administrativa y penal– en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración – relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.– que justificase el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración». Posteriormente, en la STC 159/1987 (fundamento jurídico tercero), se declaró que dicho principio impide que, a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta, pues «semejante posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisibles reiteración en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado e, inseparablemente, una abierta contradicción con el mismo derecho a la presunción de inocencia, porque la coexistencia de dos procedimientos

principio *ne bis in idem* “...como un derecho fundamental del ciudadano frente a la decisión de un poder público de castigarlo por unos hechos que ya fueron objeto de sanción”.<sup>1417</sup>

En el terreno penal, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN observan también este principio desde las dos perspectivas mencionadas, formal y material. Así, desde el lado material, la prohibición reside en la identidad de sujeto, hecho y fundamento, para evitar la apreciación de una determinada conducta de forma diferenciada, de forma que se generen dos procesos distintos. En cambio, desde el punto de vista formal, el principio *non bis in idem* otorga primacía al proceso penal, sobre el procedimiento administrativo, es decir, surge la denominada *prejudicialidad penal*.<sup>1418</sup>

Sobre la primacía del orden penal se pronunció el Tribunal Constitucional en la antes citada STC 177/1999, de 11 de octubre, a través de la cual rechazó la “prevalencia absoluta del ejercicio de su potestad punitiva sobre la potestad

---

sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado (Sentencia 77/1983, de 3 de octubre, fundamento jurídico cuarto)».

<sup>1417</sup> NAVARRO CARDOSO, F., *op. cit.* pp. 34 y 35. Sentencias citadas también por BELTRÁN DE FELIPE que centra su análisis sobre “la prohibición de doble castigo” en la ambigüedad del concepto de bien jurídico, la cual admite diferentes interpretaciones del fundamento de la sanción con el objetivo de superar el examen de la triple identidad (sujeto, hecho y fundamento). *Vid.* BELTRÁN DE FELIPE, M., *op. cit.* (II), pp. 33-40.

<sup>1418</sup> *Cfr.* COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *op. cit.*, p. 91. En este mismo sentido se pronuncia GÓMEZ TOMILLO, que define el *non bis in idem* material como “la prohibición de sancionar simultánea o sucesivamente dos o más veces por un mismo hecho, cuando las normas sancionatorias posean un mismo fundamento o base racional”. *Op. cit.*, p. 167.

sancionadora de las Administraciones públicas”<sup>1419</sup>. Esta resolución judicial habilitó a la Administración para decidir “si lo injusto de un comportamiento” requiere un reproche estrictamente administrativo, es decir, la imposición de una sanción administrativa, o si requiere de una intervención del orden penal, mediante el traslado de las actuaciones al Ministerio fiscal.<sup>1420</sup>

Sin embargo, esta jurisprudencia fue matizada por las SSTC núm. 152/2001, de 2 de julio, y 2/2003, de 16 de enero<sup>1421</sup>, ya que en ellas el Tribunal Constitucional reconoció de nuevo a los juzgados y tribunales del orden penal la posibilidad de juzgar al sujeto por hechos constitutivos de infracción penal sobre los que hubiese recaído una sanción administrativa con antelación. Asimismo, el Tribunal les permitió descontar el *quantum* de la sanción administrativa a la pena que correspondiese, dado que los órganos judiciales

---

<sup>1419</sup> Cfr. GÓMEZ TOMILLO, *op. cit.*, p. 171

<sup>1420</sup> *Ibidem*. El autor reproduce las críticas a esta doctrina jurisprudencial sobre el principio del *non bis in idem* porque dejaríamos su vigencia al ámbito puramente procesal o formal, es decir, en manos de la persona recurrente, que podría utilizar la vía procesal penal, para anular la sentencia penal, o la vía contencioso-administrativa con el propósito de anular la sanción administrativa y “retrotraer el procedimiento para continuarlo a la vista de la correspondiente decisión judicial penal”, en tanto que la vertiente material de este principio demanda una concepción distinta, desde la perspectiva del Derecho administrativo sancionador, como “el derecho a que la Administración no sancione por un hecho calificable como delito, cuando concurra identidad de fundamento.” Cfr. GÓMEZ TOMILLO, *op. cit.*, pp. 171-173.

<sup>1421</sup> Sobre estas sentencias *vid.* GARCÍA DÍEZ, C., “Sentencia de Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero (Pleno), por una posible violación del principio *ne bis in idem*”, *Comentarios de jurisprudencia tributaria constitucional*, año 2003, IEF, Madrid, 2004, pp. 27-39, disponible en internet, en la siguiente dirección electrónica: [http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/jurisprudencia\\_constitucional/2003\\_STC\\_2\\_Claudio.pdf](http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/jurisprudencia_constitucional/2003_STC_2_Claudio.pdf) y GÓRRIZ ROYO, E., “Sentido y alcance del *Ne bis in idem* respecto a la preferencia de la jurisdicción penal, en la jurisprudencia constitucional (en especial la STC 2/2003, 16 de enero)”. *Estudios Penales y Criminológicos*, USC, vol. XXIV, año 2004, pp. 188-271, disponible en internet, en la siguiente dirección electrónica: [http://dspace.usc.es/bitstream/10347/4084/1/pg\\_189-274\\_penales24.pdf](http://dspace.usc.es/bitstream/10347/4084/1/pg_189-274_penales24.pdf); y GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, pp. 173-176.

del ámbito penal no tienen competencia para anular una sanción administrativa.<sup>1422</sup>

GÓMEZ TOMILLO trata también el problema del *non bis in idem* en supuestos de infracciones permanentes y continuadas<sup>1423</sup>. Con respecto a las primeras, reproduce parte de la SAN de 8 de febrero de 2000<sup>1424</sup> que manifiesta lo siguiente: (1) la comisión de una infracción permanente que ha sido sancionada por la Administración puede volver a ser sancionada porque la segunda sanción tiene por objeto un hecho cometido en un “momento temporal diferente del que motivó la incoación del primer expediente sancionador”; y (2) aunque las infracciones permanentes se caracterizan por su persistencia durante el tiempo, la “unidad lógica de la comisión” puede ser seccionada temporalmente “mediante el ejercicio de las potestades de vigilancia y control y en su caso, de las potestades sancionadoras, en tanto no conste la cesación de la infracción”.<sup>1425</sup>

---

<sup>1422</sup>Cfr. GÓMEZ TOMILLO, *op. cit.*, p. 176. El autor matiza la fragilidad de “semejante procedimiento”, ya que no es viable ante “sanciones heterogéneas”, ni tampoco en aquel supuesto, “no inusual en nuestro ordenamiento jurídico”, en el que el *quantum* de la sanción administrativa sea mayor que el de la sanción penal correspondiente al delito. Asimismo, este proceder puede provocar una cierta “predeterminación de la sanción penal” con el fin de evitar el *bis in idem*. *Ibidem*.

<sup>1423</sup>Vid. GÓMEZ TOMILLO, *op. cit.*, pp. 177 y 178. Vid. también la nota a pie de pág. núm. 862 sobre infracciones permanentes y continuadas.

<sup>1424</sup> Fundamento jurídico noveno, cuyos criterios se basan en los fundamentos de las SSTs de 23 de junio de 1987 y 2 de junio de 1989.

<sup>1425</sup>Cfr. GÓMEZ TOMILLO, M., *op cit.* , pp. 177 y 178.



No obstante, el reglamento de la potestad sancionadora<sup>1426</sup> trata la doble sanción de una conducta permanente<sup>1427</sup> y exige el carácter firme en vía administrativa de la primera sanción, como requisito para poder iniciar un nuevo expediente sancionador.

Por último y en relación a la infracciones continuadas, señalar la advertencia de GÓMEZ TOMILLO sobre los efectos de la incoación de un procedimiento sancionador ante conductas que encajen en esta tipología infractora, ya que el expediente rompería la “unidad de acción” y, en consecuencia, no se produciría “quebrantamiento alguno” del principio *non bis in idem*.<sup>1428</sup>

---

<sup>1426</sup> Real decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, cuyo artículo 4.6, primer párrafo, dispone: “No se podrán iniciar nuevos procedimientos sancionadores por hechos o conductas tipificados como infracciones en cuya comisión el infractor persista de forma continuada, en tanto no haya recaído una primera resolución sancionadora de los mismos, con carácter ejecutivo.”

<sup>1427</sup> Del propio precepto se desprende que se refiere a infracciones permanentes aunque el legislador utilice, de forma no muy afortunada, el término “continuada”.

<sup>1428</sup> Cfr. GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, p. 178.

#### IV.6.2 Fundamento constitucional<sup>1429</sup>

La principal conexión del principio *non bis in idem* con la Constitución española se produce a través del principio de seguridad jurídica. En palabras de NAVARRO CARDOSO: “Llegar a la conclusión de que tras la interdicción del *bis in idem* se sitúa la seguridad jurídica no es más que la consecuencia coherente de ver en ella la expresión sintética de los principios que conforman el Estado de Derecho; en síntesis, la razón de ser de éste”<sup>1430</sup>.

La STC 177/1999, citada por este autor, fundamenta este principio desde su vertiente material, es decir, no debiera depender de la preferencia de órdenes penales, sino de la imposibilidad material de juzgar dos veces a un mismo sujeto por un único hecho y con un único fundamento:

---

<sup>1429</sup> Algunos autores se cuestionan si el principio *ne bis in idem* “está en realidad en la CE y en el ordenamiento”. BELTRÁN DE FELIPE lo plantea sobre la base de tres razones: (1) no está reconocido expresamente en nuestra Constitución; (2) la jurisprudencia española admite el doble castigo en algunos supuestos, “llámense relaciones de sujeción especial o no”; y, por último (3), la STC 2/2003, de 16 de enero, ha admitido el doble castigo en aquellos supuestos de imposición de una sanción administrativa con carácter previo a la penal. Cfr. BELTRÁN DE FELIPE, M., *op. cit.* (II), p. 40. Sin embargo, en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el Tribunal Constitucional declara que “...desde la STC 2/1981, de 30 enero, hemos reconocido que el principio *non bis in idem* integra el derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora (art. 21.1 CE) a pesar de su falta de mención expresa en dicho precepto constitucional, dada su conexión con las garantías de tipicidad y de legalidad de las infracciones. Así, hemos declarado que este principio veda la imposición de una dualidad de sanciones “en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento” (STC 2/1981, FJ 4; reiterado entre muchas en las SSTC 66/1986, de 26 de mayo, FJ 2; 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; 234/1991, de 16 de diciembre, FJ 2; 270/1994, de 17 de octubre, FJ 5; y 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2).”

<sup>1430</sup> NAVARRO CARDOSO, F., *op. cit.*, p. 36.

“Esta dimensión procesal del principio *ne bis in idem* cobra su pleno sentido a partir de su vertiente material. En efecto, si la exigencia de *lex praevia* y *lex certa* que impone el art. 25.1 de la Constitución obedece, entre otros motivos, a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho ilícito, ese cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta ilícita. Desde esta perspectiva sustancial, el principio de *ne bis in idem* se configura como un derecho fundamental del ciudadano frente a la decisión de un poder público de castigarlo por unos hechos que ya fueron objeto de sanción, como consecuencia del anterior ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Por ello, en cuanto derecho de defensa del ciudadano frente a una desproporcionada reacción punitiva, la interdicción del *bis in idem* no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio del derecho punitivo y sancionador del Estado, ni menos aún de la eventual inobservancia, por la Administración sancionadora, de la legalidad aplicable, lo que significa que la preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora ha de ser entendida como una garantía del ciudadano, complementaria de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos, y nunca como una

circunstancia limitativa de la garantía que implica aquel derecho fundamental.”<sup>1431</sup>

En este mismo sentido se pronunciaron los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ en su manual de Derecho administrativo. El principio *non bis in idem* es una de las manifestaciones clave de la unidad del *ius puniendi* estatal y es a partir de la Constitución española cuando se reconoce por la jurisprudencia que lo vincula a los principios de legalidad y tipicidad del artículo 25 de la CE<sup>1432</sup>.

No conforme con esta vinculación, GARCÍA RIVAS denuncia un excesivo desarrollo doctrinal y jurisprudencial del *ne bis in idem* debido a que es el único principio “clara y expresamente reconocido en la Constitución”, sobre la base del principio de proporcionalidad de la pena (derivado del principio de culpabilidad), verdadero fundamento constitucional del *non bis in idem*.<sup>1433</sup>

Si bien es cierto que el principio de proporcionalidad de las penas también limita un doble castigo por un único ilícito porque supondría un excesivo gravamen para el sujeto infractor, la mayoría de la doctrina penal y administrativa lo vincula al principio de legalidad como fundamento último del

---

<sup>1431</sup> STC 177/1999, de 11 de octubre, fundamento jurídico tercero.

<sup>1432</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *op. cit.*, p.185.

<sup>1433</sup> Cfr. GARCÍA RIVAS, N., *op. cit.*, p. 76.

*non bis in idem*<sup>1434</sup>: “En definitiva, desde nuestro punto de vista, el fundamento último del principio *non bis in idem* radica en la garantía penal asociada al principio de legalidad; la doble sanción quebranta la voluntad legislativa conforme a la cual la sanción vinculada a una conducta típica debe ser una determinada y no el cúmulo de diversas reacciones punitivas.”<sup>1435</sup>

En definitiva, su fundamento constitucional, tal y como indiqué al comienzo de este análisis, descansa sobre la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 2/1981, de 30 de enero, que realiza la siguiente interpretación:

“El principio general del derecho conocido por *non bis in idem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones –administrativa y penal– en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración –relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.– que justificase el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración.

Como veremos más tarde, no hubo en el caso examinado infracción del principio de referencia y ello nos releva de entrar en su consideración a la luz de la Constitución. No obstante, podemos señalar que, si bien no

---

<sup>1434</sup> Cfr. GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, pp. 167 y 168.

<sup>1435</sup> Cfr. GÓMEZ TOMILLO, M., *op. cit.*, p. 168.

se encuentra recogido expresamente en los arts. 14 a 30 de la Constitución, que reconocen los derechos y libertades susceptibles de amparo (art. 53.2 de la Constitución y art. 41 de la LOTC) no por ello cabe silenciar que, como entendieron los parlamentarios en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso al prescindir de él en la redacción del artículo 9 del Anteproyecto de Constitución, va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el art. 25 de la Constitución. Por otro lado, es de señalar que la tendencia de la legislación española reciente, en contra de la legislación anterior, es la de recoger expresamente el principio de referencia.”<sup>1436</sup>

El fundamento legal del *non bis in idem* está en la siguiente disposición de la LRJPAC<sup>1437</sup>:

“No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento.”

---

<sup>1436</sup>STC núm. 2/1981, de 30 de enero, fundamento jurídico cuarto.

<sup>1437</sup> Artículo 133 de la Ley 30/1992.

### V.6.3. Baremo sancionador y principio *non bis in idem*

Cada una de las conductas derivadas de la aplicación de los tipos infractores, que dan lugar a la compleja y abierta casuística contenida en este baremo, debe ser analizada en atención al principio *non bis in idem*, especialmente en su vertiente material, porque algunas de las conductas pueden encajar en diferentes tipos y por consiguiente generar diferentes sanciones administrativas que podrían vulnerar este principio. Para resolver estos supuestos acudimos a las reglas del concurso de infracciones.

Así, nos encontramos ante un *concurso ideal* de infracciones cuando una única acción es constitutiva de diferentes infracciones administrativas como, por ejemplo, la apertura de un establecimiento sin la previa presentación de una declaración responsable, o sin la preceptiva autorización turística, puesto que, además de la infracción grave, el sujeto incurrirá también en una infracción leve de carácter formal dado que, necesariamente, carece del preceptivo libro de visitas de la inspección turística. De la misma forma, si se trata de un establecimiento de restauración turística, la persona titular podría incurrir también en un *concurso real* de infracciones, por ejemplo, si no expone los precios o los exhibe sin cumplir las prescripciones de la ordenación turística autonómica<sup>1438</sup>. En este último caso sí que procede la apreciación de una doble

---

<sup>1438</sup> El Decreto 179/2011, de 8 de septiembre, por el que se regula el régimen de precios y reservas de los establecimientos turísticos de alojamiento y restauración en la Comunidad Autónoma de Galicia, dispone la obligación de exhibir los precios dentro y fuera del establecimiento, en un lugar de fácil visibilidad y con el periodo de vigencia y la inclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido.



tipificación, porque la no exhibición de los precios al público constituye una conducta diferente a la apertura del establecimiento y podría ser motivo de la sanción correspondiente.

En definitiva, todos estos supuestos deben analizarse bajo las reglas que resuelven los concursos de infracciones, con el fin de evitar una doble sanción administrativa cuando nos encontremos ante una única acción u omisión infractora.<sup>1439</sup>

El principio *non bis in idem* también opera como límite o garantía ante una apreciación arbitraria de circunstancias modificativas de la responsabilidad administrativa, especialmente cuando agravan dicha responsabilidad.<sup>1440</sup> Por respeto a este principio, no podremos identificar como agravantes aquellos elementos de la conducta que sean “inherentes” al ilícito, por ejemplo, cuando la circunstancia agravante se encuentre implícita en el tipo.<sup>1441</sup> De la misma forma, la prohibición del *bis in idem* impide también la apreciación conjunta de dos o más agravantes sobre la base de un mismo hecho y fundamento.<sup>1442</sup>

---

<sup>1439</sup> Vid. *supra* nota a pie de pág. núm. 880.

<sup>1440</sup> Vid. RODRÍGUEZ COLLAO, L., *op. cit.*, pp. 159-161.

<sup>1441</sup> *Ibidem*. V. gr., cuando sea el propio tipo infractor previsto en la ley el que exija un perjuicio grave al usuario turístico o cuando el dolo resulta inherente a la conducta infractora descrita por la ley.

<sup>1442</sup> *Ibidem*. En definitiva, “...más que con la garantía de legalidad, el principio que ahora nos ocupa se vincula con la idea de la intervención mínima”. RODRÍGUEZ COLLAO, L., *op. cit.*, p. 160.

## CAPÍTULO VI – CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

“Cuando un código fijo de leyes, que se deben observar al pie de la letra, no deja más incumbencia al juez que examinar las acciones de los ciudadanos y juzgarlas si son conformes o no a la ley escrita; cuando la norma de lo justo e injusto, que debe dirigir las acciones tanto del ciudadano ignorante como del ciudadano filósofo es un asunto de hecho y no de controversia, entonces los súbditos no están sujetos a pequeñas tiranías de muchos, tanto más crueles cuanto menor es la distancia entre quien sufre y quien hace sufrir; (...) De este modo los ciudadanos adquieren aquella seguridad en sí mismos que es justa, porque es el fin por el que los hombres están en sociedad; y que es útil porque les permite calcular exactamente las consecuencias de un crimen.”<sup>1443</sup>

### IV-1 Conclusiones; a modo de síntesis.

La elaboración de este trabajo parte de la teorías que, tanto desde planteamientos penales como administrativos, proclaman la unidad ontológica del *ius puniendi* estatal como un *supraconcepto de lo ilícito*, esto es, desde postulados científicos y jurisprudenciales que reconocen la identidad del Derecho punitivo español, constituido por dos órdenes jurídicos, el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, con una delimitación puramente

---

<sup>1443</sup> BECCARÍA, C., *op. cit.*, p. 98.

cuantitativa –sino formal– y cuyo fundamento constitucional reside en el artículo 25 CE.

Así lo he expuesto en los dos primeros capítulos, el Derecho punitivo estatal forma una unidad sustancial y tiene por fin la defensa de los bienes jurídicos que conforman y caracterizan a nuestra comunidad y cuya protección se encomienda, primero, al legislador, mediante la tipificación de las conductas constitutivas de delito o de infracción administrativa, con sus respectivas consecuencias jurídicas y, en segundo lugar, tras la comisión de los posibles ilícitos penales o administrativos, a los órganos de la jurisdicción penal y a los órganos de la Administración con competencias sobre la materia.

Como describo en estos capítulos, altos representantes de la ciencia penal, como BAJO FERNÁNDEZ, M. y de la ciencia administrativa, como GARCÍA DE ENTERRÍA, E., han dado un paso más allá en la identidad sustancial del Derecho punitivo español y abogan por delimitación basada en criterios de índole formal, dejando atrás las tesis cuantitativas de finales del siglo XX.

Sobre esta base, me acojo a las teorías que abogan por un concepto unitario de bien jurídico, como un elemento más que conforma nuestro Derecho punitivo y cuya protección, ya penal, ya administrativa, responde a razones de política criminal examinadas por el legislador en cada caso con pleno respeto a los principios de intervención mínima, fragmentariedad y ofensividad o lesividad.

En este orden de cosas y en el ámbito competencial de la Administración turística de Galicia surge la desconcentración administrativa, como técnica que aproxima el procedimiento sancionador a los ciudadanos y confiere eficacia administrativa a la gestión de los expedientes. No obstante, la desconcentración arrastra al procedimiento ciertos inconvenientes, especialmente en materia de objetividad y en relación con la determinación sancionadora. Considero que la solución al problema pasa, necesariamente, por la creación de criterios generales que reduzcan los niveles de discrecionalidad administrativa y se apliquen de forma coordinada por los servicios centrales de la Administración turística hacia las áreas provinciales de la agencia Turismo de Galicia.

Desde esta unidad axiológica analizo, en el capítulo tercero, las consecuencias jurídicas del ilícito, de forma conjunta y simétrica, bajo los principios de legalidad, igualdad y proporcionalidad. Asimismo, el derecho a la tutela judicial efectiva exige que la imposición de penas y sanciones, a través de la oportuna resolución judicial o administrativa, se encuentre, en ambos casos, debidamente motivada. Es aquí donde se abre el debate científico sobre la semejanza o disparidad de funciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, así como sobre las facultades atribuidas a los órganos con potestad jurisdiccional o sancionadora para determinar el *quantum* de la pena o sanción y cuyo *límite denominador común* reside en la interdicción constitucional de la arbitrariedad.

De la misma forma que sucede con la interpretación, que cuando es ajena a la norma escrita puede llegar al extremo de desvirtuarla y despojarla de su condición de *regla* con una más que probable vulneración de los principios de legalidad, tipicidad y taxatividad, la discrecionalidad administrativa requiere de límites para su sometimiento a los fines del Derecho.

Es en este momento donde aparecen los *elementos reglados*, a modo de garantía para los ciudadanos, porque reducen la discrecionalidad y permiten la aplicación axiomática de la norma, esto es, de acuerdo con los referidos principios de legalidad, tipicidad y taxatividad. Me refiero al ámbito de graduación de las sanciones administrativas, concretamente, al proceso de individualización de la multa en su cuantía final y al de duración de las sanciones accesorias, cuyo grado de discrecionalidad no debería permitir al órgano administrativo la posibilidad de imponer sanciones diferentes ante los mismos ilícitos, es decir, cuando concurra la misma conducta infractora y se aprecien idénticas circunstancias, ya objetivas, ya subjetivas.

Por otra parte, mi propósito no arroja objeción alguna sobre el proceso de convicción fáctica de los órganos con potestad jurisdiccional o administrativa para apreciar los *hechos determinantes* del delito o infracción y sus posibles circunstancias mediante la admisión y práctica de aquéllas pruebas que estimen procedentes y pertinentes. El control de la discrecionalidad por medio de los *hechos determinantes* permite a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa revisar, en primer lugar, la apreciación de los

hechos que concurren en el supuesto por parte de la actuación administrativa y, en segundo lugar, su calificación jurídica. Ambas actuaciones son ajenas al ámbito del arbitrio judicial y de la discrecionalidad administrativa porque actúan como presupuestos de lo ilícito y no como sus consecuencias jurídicas, por consiguiente, tiene carácter previo a la individualización de la pena y sanción administrativa.

La reducción aquí propuesta se produce con posterioridad a dicho enjuiciamiento y actúa sobre la discrecionalidad administrativa presente en el proceso de individualización final de la sanción. Ciertamente, mi tesis no propone la eliminación de la discrecionalidad administrativa en el procedimiento sancionador sino sólo su reducción, de modo que, una vez tipificada y probada la conducta infractora del sujeto inculcado, así como advertidas y probadas las circunstancias modificativas de su responsabilidad administrativa, el órgano instructor formule una propuesta de resolución con una cuantía sancionadora legitimada por un método predeterminado de individualización de la sanción, de manera que impida cualquier atisbo de discriminación y arbitrariedad.

Desde los anteriores presupuestos configuro un nuevo baremo sancionador en materia de ordenación y disciplina turística adaptado, esta vez, a los preceptos de la Ley 7/2011, de 27 de octubre, del turismo de Galicia, con el objetivo de contribuir a la reducción de una amplia y alarmante discrecionalidad en la graduación de las sanciones administrativas en los expedientes de naturaleza sancionadora.

He aquí la parte innovadora de esta tesis que descansa sobre tres pilares desarrollados en su capítulo IV: primero, formulo las tablas de los diversos establecimientos y actividades turísticas que recogen y clasifican las modalidades, grupos y categorías previstas por la LTG; segundo, recopiló las posibles conductas infractoras en el ámbito de la ordenación turística, deducidas de los tipos infractores establecidos por el legislador y que, dentro de cada uno de los tres grupos de infracciones de la LTG (leves, graves y muy graves), catalogo en tres niveles con relación a los diferentes bienes jurídicos protegidos; y tercero, distribuyo el *quantum* de las sanciones previstas en la LTG para cada grupo de infracciones (leves, graves y muy graves), a través de cuadros independientes para las sanciones principales y accesorias, con el mayor de los respetos hacia su predeterminación legislativa en los tres tramos fijados para la graduación de la sanción final (mínimo, medio y máximo) y en atención a la concurrencia o no de circunstancias modificativas de la responsabilidad del sujeto infractor que actúan gracias a una escala predeterminada de agravantes y atenuantes.

De esta manera, el baremo operaría sobre la determinación sancionadora como un criterio uniforme para todos los órganos instructores al servicio de la agencia Turismo de Galicia, por lo que, a modo de garantía procedimental para los ciudadanos, este instrumento del Derecho punitivo serviría como elemento coadyuvante para la consecución de mayores niveles de objetividad, proporcionalidad e igualdad en la imposición de las correspondientes sanciones administrativas.



No obstante, dado que en un Estado de Derecho el fin jamás justifica los medios, he sometido este método de graduación sancionadora a los principios ordenadores del Derecho punitivo español. A continuación expongo, de forma sucinta, los resultados del análisis realizado a lo largo del capítulo quinto:

1.- Como no podía ser de otro modo, el baremo acata el principio de legalidad porque recurre a la Ley 7/2011, con carácter exclusivo, para extraer todas las conductas infractoras, todos los grupos y categorías de las diferentes modalidades turísticas y todas las sanciones principales y accesorias previstas en ella. Así las cosas, aunque el baremo nazca con vocación de justicia material, su inspiración tiene carácter formal, es decir, su fuente es la ley y todos sus componentes tienen un origen estrictamente legal. Además, su posible revestimiento como norma reglamentaria tampoco sería contrario al principio de legalidad, ya que su labor de integración y desarrollo legislativo es perfectamente compatible con la técnica de la colaboración reglamentaria.

2.- El baremo respeta también el principio de tipicidad, ya que predetermina con minuciosa taxatividad todas y cada una de las conductas que pudieran extraerse de los diversos tipos infractores y las sanciones principales y accesorias que pudieran corresponder en cada supuesto. Así las cosas, una vez publicado el baremo, cualquier ciudadano podría acceder a sus tablas y escalas de conformidad con los principios de transparencia administrativa y seguridad jurídica.

Por otro lado, su revestimiento formal como norma reglamentaria (orden administrativa) hace del baremo un instrumento abierto a cualquier otra conducta o sanción determinada por la LTG y que podría ser incorporada a la orden mediante el correspondiente procedimiento reglamentario de la Administración autonómica.

3.- Su estrecha relación con el principio de legalidad provoca que el baremo sancionador no incurra en retroactividad de normas desfavorables. Ello porque tanto la relación de las conductas infractoras como las diversas sanciones recogidas en sus escalas son tomadas de una ley vigente. En consecuencia, la graduación sancionadora por este instrumento punitivo de cualquiera de las conductas tipificadas en la ley estaría avalada por la LTG.

4.- La flexibilidad ofrecida por las numerosas tablas, cuadros y escalas que conforman el baremo con la finalidad de acoger cualquier conducta infractora tipificada en la LTG, así como la concurrencia de posibles circunstancias agravantes o atenuantes para adaptar la sanción final a la responsabilidad administrativa del sujeto infractor, constituye, a mi juicio, la mejor garantía del respeto al principio de proporcionalidad. Asimismo, todos los cuadros que distribuyen las diferentes cantidades recogidas por la LTG para la sanción de multa por infracciones leves, graves y muy graves, respetan los grados mínimo, medio y máximo previstos por el legislador y reservan las cuantías del grado mínimo para la concurrencia

de circunstancias atenuantes y las del grado máximo para aquellos supuestos en los que el órgano instructor aprecie una pluralidad de circunstancias agravantes.

5.- El principio de culpabilidad experimenta una inversión en su tránsito desde el Derecho penal al Derecho administrativo sancionador de modo que, mientras en el ámbito penal el dolo es la regla general, en el administrativo sancionador este espacio es reservado para la negligencia. En consecuencia, el baremo adopta el comportamiento culposo como la responsabilidad estándar y aprecia la concurrencia de dolo en el sujeto infractor como una circunstancia agravante de su responsabilidad. Consecuentemente, la negligencia leve es apreciada como circunstancia atenuante. Esta es la interpretación que formulo del principio de culpabilidad, de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia citada y así lo aplico al baremo sancionador.

6.- El principio *non bis in idem* ha tenido mucha trascendencia en la elaboración del baremo, especialmente, a la hora de configurar una relación con todas las conductas deducidas de los tipos infractores establecidos por el legislador en la LTG. No obstante, para solucionar la supuesta incompatibilidad de este principio ante una pluralidad de conductas, me veo obligado a acudir a las normas que resuelven los concursos de infracciones, tal y como se efectúa en el Derecho penal. Así lo he advertido en el análisis del baremo y su confrontación con este

principio que, por otra parte, se extiende a las circunstancias modificativas de la responsabilidad, ya que la proscripción del *bis in idem* impide una aplicación arbitraria e injustificada de las circunstancias agravantes de la responsabilidad administrativa.

En definitiva y bajo mi consideración, por medio de la presente tesis elaboro un baremo sancionador en materia de ordenación y disciplina turística adaptado a los principios del Derecho punitivo. Por esta razón lo presento como un instrumento al servicio de la Administración turística de Galicia para la determinación de las sanciones administrativas y bajo los principios de legalidad, tipicidad, proporcionalidad, irretroactividad de las normas desfavorables, culpabilidad y *non bis in idem*. Entiendo también que sus propios fines albergan su fundamentación jurídica; esto es, por una parte, su contribución al objetivo de conseguir mayores cotas de objetividad y transparencia en la gestión administrativa de los expedientes de naturaleza sancionadora y, por otra, el incremento de un grado de seguridad jurídica suficiente para generar la confianza necesaria en el Derecho a las empresas turísticas, a los usuarios turísticos y, en general, a todos los ciudadanos.

## **IV-2 Consideraciones finales; a modo de propuestas.**

A lo largo de esta tesis he realizado diversas propuestas, bien en su texto principal, bien en las notas escritas a pie de página, que a continuación recapitulo, previa su clasificación en dos grupos: un primer grupo, relativo a las propuestas realizadas en materia de Derecho administrativo sancionador que dirijo al legislador estatal y un segundo grupo de propuestas, efectuadas en materia de ordenación y disciplina turística y dirigidas al legislador autonómico.

### **IV-2.1- Propuestas en materia de Derecho administrativo sancionador**

1.- La propuesta principal de este apartado es la elaboración y aprobación de una ley estatal que regule la potestad sancionadora con carácter básico para todas las administraciones públicas y reconozca, primero, la categoría jurídica del Derecho administrativo sancionador, segundo, su integración en el sistema punitivo estatal y, tercero, su sometimiento a unos principios ordenadores propios. No se trata aquí de reiterar nuevamente, como ha hecho hasta ahora la jurisprudencia, que el ordenamiento administrativo sancionador se nutre de los principios del Derecho penal y cuya traslación ha admitido “con matices”, sino de dar un paso más en la tarea de otorgar la identidad necesaria a una de las dos manifestaciones del *ius puniendi* estatal: el Derecho administrativo sancionador, que demanda una regulación amplia y específica en desarrollo de su fundamento constitucional, así como el reconocimiento de su sustantividad.

2.- Formar parte del *ius puniendi* estatal impide, a mi juicio, que el legislador siga amparando supuestos de responsabilidad administrativa con carácter solidario. Considero que la solidaridad debería abandonar el Derecho administrativo sancionador siguiendo el mismo camino que, tras la vigencia de la Constitución, siguieron otras figuras extrañas a su naturaleza, como la responsabilidad objetiva o las denominadas “*sanciones de plano*” y que resultan, a todas luces, incompatibles con los fundamentos del Derecho punitivo. Así, propongo que una nueva legislación básica estatal reguladora de la potestad sancionadora ponga fin a la incoherencia que supone atribuir a la responsabilidad administrativa un supuesto carácter solidario, cual si se tratara de una responsabilidad de naturaleza civil.

3.- Mediante esta consideración, nuevamente ligada a la propuesta de elaboración de una ley básica estatal en materia de potestad sancionadora, propongo una regulación clara y precisa de las siguientes materias: definición y delimitación de la reincidencia y la reiteración de conductas infractoras; distinción entre las infracciones continuadas y permanentes o de estado a los efectos de su cómputo prescriptivo; y una regulación detallada de los diferentes concursos de infracciones con carácter específico para el Derecho administrativo sancionador. Esta propuesta es coherente con la demanda de sustantividad propia para esta rama del *ius puniendi* y es requerida tanto por los operadores jurídicos como una gran mayoría de la doctrina administrativista en aras del principio de seguridad jurídica.

4.- Otra consideración efectuada en esta tesis y que ahora propongo para una supuesta ley básica estatal es el reconocimiento expreso de un fin reeducador para el Derecho administrativo sancionador mediante el reconocimiento de medidas alternativas que pudiesen sustituir a las sanciones administrativas con el fin de evitar la reiteración de conductas infractoras. En concreto propongo cursos de formación en aquellos sectores que por su aplicación resulte favorable y más eficaz para el interés público, tal y como viene sucediendo en algunos ámbitos ya citados en este trabajo.

5.- Una última consideración, de nuevo en forma de propuesta para el contenido de una ley básica estatal sobre la potestad sancionadora, es la distinción entre denuncia y reclamación, de modo que permita distinguir al órgano instructor entre el *mero denunciante*, ajeno a los derechos e intereses legítimos de un posible expediente administrativo y con derecho a recibir de la Administración una comunicación sobre el resultado de su denuncia, y el *reclamante*, que ostenta la condición de interesado tanto en las actuaciones previas correspondientes a su reclamación, como, en su caso, en el posterior expediente sancionador. Además, entiendo que tal distinción permitiría proteger con mayores garantías la intimidad del denunciante particular frente al sujeto infractor, con el consiguiente incremento de la eficacia en la persecución de los ilícitos por parte de las administraciones públicas.



#### **IV-2.2- Propuestas en materia de ordenación y disciplina turística.**

1.- En primer lugar, ligada la creación de un baremo sancionador, propongo la creación de un *grupo de trabajo* para la puesta a punto del baremo como método de determinación de las sanciones administrativas en materia de turismo y el estudio de su viabilidad práctica bajo la forma de norma reglamentaria aprobada por los órganos competentes de la Xunta de Galicia en desarrollo ejecutivo de la LTG.

En este sentido, propongo, primero, introducir una previa habilitación legal en forma de disposición adicional que contemple la aprobación reglamentaria de un baremo sancionador y, a continuación, la preparación y aprobación de un decreto que, en el ámbito de la colaboración reglamentaria recoja las características esenciales del baremo, le otorgue fuerza ejecutiva para la determinación de las sanciones administrativas previstas en la LTG y atribuya las competencias correspondientes para desarrollarlo reglamentariamente y para aplicarlo.

Por último, considero adecuado como norma jurídica una orden administrativa, por su rango jerárquico y la sencillez de los trámites necesarios para su aprobación y posterior modificación, dictada por la consellería competente por razón de la materia. Dicha disposición recogería los elementos necesarios para su puesta en funcionamiento, esto es, la relación de conductas infractoras, las tablas de las actividades y establecimientos, los cuadros de sanciones y las

escalas previstas para la apreciación de circunstancias agravantes y atenuantes.

Por otra parte y en consideración al principio de legalidad, también he propuesto una *cláusula de cierre* que impida la utilización del baremo ante conductas que, si bien están previstas en los tipos infractores de la LTG, no hayan sido recogidas durante la relación casuística de este trabajo. Por esta razón considero que la graduación e individualización de la sanción correspondiente, previa tramitación del oportuno expediente sancionador, no se llevaría a cabo a través del baremo sino mediante las reglas de dosimetría sancionadora previstas en la legislación básica estatal y, con carácter especial, en la LTG. No obstante, estos supuestos podrían ir incorporándose a la orden reguladora del baremo, en función de las propuestas remitidas por los órganos con competencias sancionadoras de la agencia Turismo de Galicia.

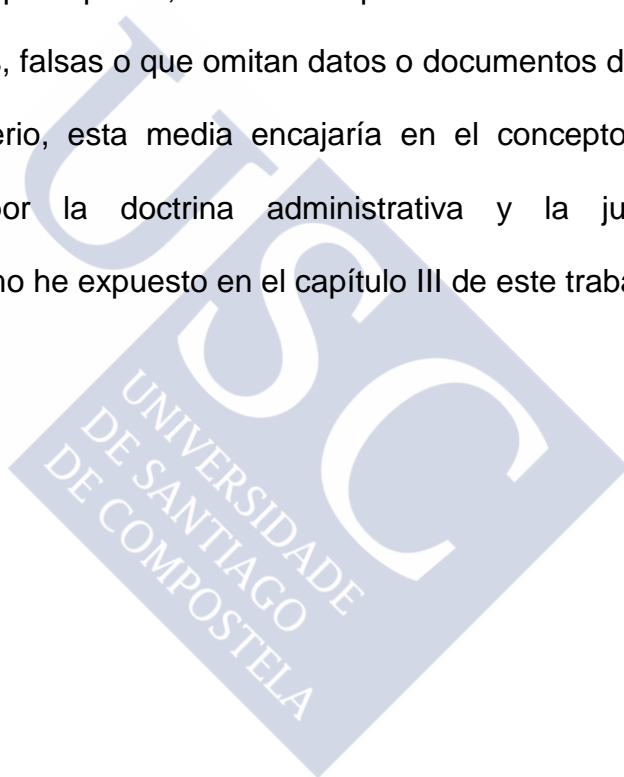
2.- En otro orden de cosas, resulta necesario el reconocimiento expreso del turismo activo como una modalidad más dentro del turismo deportivo y que se tome en consideración su regulación reglamentaria; en este sentido, entiendo que los derechos a la seguridad y a la calidad del servicio de todos los usuarios así lo demandan. Pero también lo demanda el principio de seguridad jurídica. Así con una simple previsión legal se activaría la parte del Decreto 42/2001, de 1 de febrero, dedicada al turismo activo y que no ha sido todavía derogada de forma expresa por ninguna norma jurídica.

3.- Otras consideraciones para la modificación de la LTG estarían en consonancia con las propuestas efectuadas al legislador estatal, como la supresión de la solidaridad en la responsabilidad administrativa o la previsión de supuestos infractores en los que la sustitución de la sanción de multa por la realización de un curso de formación profesional dirigido al sujeto infractor sea una posibilidad prevista en la ley de ordenación y disciplina turística de nuestra comunidad.

4.- Asimismo, en el capítulo cuarto he realizado diversas consideraciones en materia de ordenación turística con el objetivo de adaptar la normativa a la realidad del sector (viviendas turísticas, empresas de restauración, turismo activo, etc.), entre las que se encuentra una reducción de las categorías previstas para los restaurantes; el reconocimiento de dos categorías para las viviendas turísticas (aisladas y no aisladas) y una distinción más precisa de los establecimientos que componen las empresas de restauración (restaurantes, cafeterías y bares) en función de dos parámetros, instalaciones del establecimiento y actividad desarrollada por la persona titular.

5.- Como últimas consideraciones, esta vez en materia de disciplina turística, en los capítulos tercero, cuarto y quinto propongo la modificación de algunos tipos infractores; la eliminación de la *tipificación por remisión* llevada a cabo en el último apartado de las infracciones leves de la ley, dada su más que probable incompatibilidad con los principios de nuestro Derecho punitivo; la sustitución de la reiteración de conductas, prevista agravante, por la

reincidencia que, consecuentemente, abandonaría su posición legal como tipo infractor de carácter grave y muy grave; la eliminación de la responsabilidad solidaria; y la regulación como sanción accesoria de la prohibición de presentar una nueva declaración responsable con el mismo objeto, prevista en la LTG como una medida de policía administrativa para los tipos infractores relacionados, bien con la falta de presentación de una declaración responsable, en aquellos supuestos preceptivos, bien con la presentación de declaraciones responsables inexactas, falsas o que omitan datos o documentos de naturaleza esencial. Bajo mi criterio, esta medida encajaría en el concepto estricto de sanción formulado por la doctrina administrativa y la jurisprudencia constitucional, tal y como he expuesto en el capítulo III de este trabajo.



## BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VÁSQUEZ, M., “Acerca de la teoría de los bienes jurídicos”, *Revista Penal*, UHU, núm. 18, 2006, pp. 3-44.
- ABEL SOUTO, M., “Discordancias y errores introducidos en el Código Penal por la simbólica reforma de 25 de noviembre de 2003 que deben ser erradicados del Texto punitivo”, publicado en la revista *La Ley Penal*, núm. 11, diciembre de 2004, pp. 63-90, y en *REXURGA* núm. 42, 2004, pp. 37-73.
- ABEL SOUTO, M., "Las leyes penales en blanco", en Nuevo Foro Penal, Universidad EAFIT, tercera época, número 68, Medellín, 2005, pp. 13-30.
- ABEL SOUTO, M., Teorías de la pena y límites al *ius puniendi* desde el Estado democrático, Dilex, Madrid, 2006.
- ABEL SOUTO M., “Derecho penal, norma de valoración, bien jurídico y enseñanza de valores en el EEES”, *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, nº2, junio, 2010, pp. 93-100.
- ABEL SOUTO, M., “Cadena perpetua y delitos contra la comunidad internacional”, en el libro Comentarios a la reforma del Código penal de 2015, director GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2015, pp. 1347-1366.

- ABEL SOUTO, M., “*Teorías de la pena y ejecución de la prisión: la naranja mecánica*”, en el libro *El cine carcelario*, bajo la coordinación de REVIRIEGO PICÓN, F. y DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2015, pp. 15-44.
- ABEL SOUTO, M. y SÁNCHEZ STEWART, N., (coordinadores), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero (ponencias y conclusiones del congreso internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010)*, *Tirant lo Blanch*, Barcelona, 2011, pp. 111-130.
- ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Aranzadi, Pamplona, 2007.
- ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “El procedimiento administrativo: aspectos generales”, *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo*, tomo III, volumen 1, Iustel, Madrid, 2009, lecciones 3 y 4, pp. 83-151.
- ALARCÓN SOTOMAYOR, L., “Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador” *RAP*, núm. 195, CEPC, septiembre/diciembre, 2014, pp. 137-167.

- ALASTUEY DOBÓN, C. y ESCUCHURI AISA, E., “Ilícito penal y administrativo en materia de tráfico y seguridad vial”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, USC, 2011, pp. 7-86.
  
- ALONSO ÁLAMO, M., “El bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX, USC, 2009, pp. 61-105.
  
- ALDREY VÁZQUEZ, J. A. y LOIS GONZÁLEZ, R.C., *Breve xeografía de Galicia*, A Nosa Terra, Vigo, 2010
  
- ALDREY VÁZQUEZ, J. A. y LOIS GONZÁLEZ, R.C., “El problemático recorrido de la ordenación del territorio en Galicia”, *Cuadernos Geográficos*, EUG, vol. 47, 2010, pp. 583-610.
  
- ALVIRA MARTÍN, F.R., “El efecto disuasor de la pena”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. VII, USC, 1984, pp. 11-28.
  
- ARIÑO ORTIZ G., “Sobre el estudio y comprensión del Derecho público. Guía para su estudio”, *REJIE*, núm. 6, junio, 2012, pp. 9-26.
  
- ARROYO ZAPATERO, L., “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, *REDC*, núm. 8, CEPC, mayo-agosto, 1983, pp. 9-46.



- ARROYO ZAPATERO, L.A. y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., (directores), Homenaje al doctor Marino Barbero Santos. *In memoriam*, volumen I, AA.VV., ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y ediciones de la Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, A., “Sobre el control de la discrecionalidad administrativa, comentarios a una polémica”, REDA, núm. 85, Civitas, 1995, pp. 5-26.
- AYALA MUÑOZ, N. y PERAL DÍEZ, C., “El principio de responsabilidad”, en Manual de Derecho administrativo sancionador, *cit.*, capítulo II, pp. 173-244.
- BACIGALUPO SAGGESE, M., La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución), Marcial Pons, Madrid, 1997.
- BACIGALUPO SAGGESE, M., en “Las potestades administrativas”, en Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo, tomo III, volumen I (La forma), Iustel, Madrid 2009, lección 1, pp. 14-41.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., Sanciones administrativas (Derecho español y comunitario), Cóllex, Madrid, 1991.

- BAJO FERNÁNDEZ, M., "La unidad del Derecho sancionador", en Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, volumen IV, Civitas, Madrid, 2002, pp. 6683-6696.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., "Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal", InDret, *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3/2008, Barcelona.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., "¿Puede una persona jurídica conocer la antijuridicidad de la norma? A propósito de una doctrina del TEAC sobre el artículo 179 LGT", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo LXIV, fascículo 1, MJ/MP/BOE, 2011, pp. 11-29.
- BECCARÍA, C., *Dos delitos e das penas, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico (USC)*, Santiago de Compostela, 2011.
- BELESTÁ SEGURA, L., "La reincidencia en la doctrina española actual", *Actualidad Penal*, núm. 21, 2001, pp. 575 y ss.
- BELESTÁ SEGURA, L., "La reincidencia que viene", *Noticias Jurídicas*, artículos doctrinales, Derecho penal, junio, 2003.
- BELTRÁN DE FELIPE, M., "Realidad y constitucionalidad en el Derecho administrativo sancionador (I)", *Revista Jurídica de Castilla*

*La Mancha*, Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, núm. 39, 2005, pp. 57-106.

- BELTRÁN DE FELIPE, M., “Realidad y constitucionalidad en el Derecho administrativo sancionador (II)”, *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, núm. 40, 2006, pp. 9-70.
- BERISTAIN, A., “Axiomas fundamentales de la Criminología ante la globalización y la multiculturalidad”, *Eguzkilo*, núm. 17, 2003, San Sebastián, pp. 89-98.
- BERMEJO LATRE, J.L., “La policía del turismo”, capítulo XII del libro *El derecho del turismo en el Estado autonómico*, dirigido por José TUDELA ARANDA, Cortes de Aragón, Zaragoza, 2006, pp. 444-472.
- BERMEJO VERA, J., “La Administración inspectora”, en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI, Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, coordinado por SOSA WAGNER, F., tomo II, Valencia, 2000, pp. 1253-1270.
- BIANCHI PÉREZ, P.B., “Evolución del concepto de bien jurídico en la dogmática penal” en *DIKAIOSYNE, Revista semestral de filosofía práctica*, Universidad de los Andes, número 22, Mérida (Venezuela), enero-junio, 2009, pp. 29-52.

- BLANCO HERRANZ, J., Los principios generales del Derecho del Turismo, en el libro El derecho del turismo en el Estado autonómico, dirigido por José TUDELA ARANDA, Cortes de Aragón, Zaragoza, 2006, pp. 109-141.
- BLANCO VALDÉS, R.L., La Constitución de 1978, Alianza Editorial, Madrid, 2003.
- BLANCO VALDÉS, R., *A construcción da autonomía galega 1981-2007*, EGAP, Santiago de Compostela, 2008.
- BLANQUER CRIADO, D., Derecho del turismo, *Tirant lo Blanch*, Valencia, 1999.
- BOLDOVA PASAMAR, M. A., “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, USC, 2013, pp. 219-263.
- BOLDOVA PASAMAR, M. A., “La desaparición de las faltas en el proyecto de reforma de Código Penal de 2013”, en la *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, UGR, núm. 16-12, año 2014.
- BRIONES GONZÁLEZ, J., “¿Puede la Administración impunemente utilizar el silencio y el tiempo en el trámite de recurso contra

sanciones administrativas? Algunas reflexiones y comentarios a la doctrina legal contenida en la sentencia de la sección cuarta de la sala tercera del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2004 reiterada en la sentencia de la sección cuarta de la misma sala tercera de 7 de junio de 2005”, REDA, núm. 133, Civitas, 2007, pp. 177-192.

- BUSTOS RAMÍREZ, J., Manual de Derecho penal. Parte general, 4ª edición, PPU, S.A., Barcelona 1994.
- CALLIZO SONEIRO, J. y LACOSTA ARAGÜÉS, A.J., “Un estudio tipológico de los recursos turísticos”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, IAAP, Gobierno de Aragón, núm. extra 3, Régimen jurídico de los recursos turísticos, 1999, pp. 19-76.
- CALONGE VELÁZQUEZ, A., El turismo. Aspectos institucionales y actividad administrativa, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial (UV), Valladolid, 2000.
- CAMACHO BRINDIS, M.C., “El bien jurídico penal”, *Alegatos*, UAM, núm. 31, 1995.
- CANO CAMPOS, T., “*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho administrativo sancionador”, RAP, núm. 156, CEPC, septiembre/diciembre, 2001, pp. 191-249.

- CANO CAMPOS, T., “¿Es una sanción la retirada de puntos del permiso de conducir?”, *RAP*, CEPC, núm. 184, enero/abril, 2011, pp. 79-119.
- CASTEL GAYÁN, S., “Intrusismo y clandestinidad en el sector turístico: una aproximación jurídica”, *Revista Andaluza de Derecho del Turismo*, Junta de Andalucía, núm. 5, junio 2011, pp. 11-31.
- CARBALLEIRA RIVERA, T., “Perspectivas de consolidación del Estado autonómico”, *REALA*, núm. 269, 1996, pp. 153-162.
- CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 3ª edición, *Tirant lo Blanch*, Valencia, 1999.
- CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., “Algunas reflexiones en relación a la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales”, *Revista Chilena de Derecho*, UC, volumen 27, número 1, 2000, pp. 135-153.
- CASSAGNE, J.C., “La discrecionalidad administrativa”, *La Ley*, septiembre, 2008.
- CEREZO MIR, J., “Límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo”, en *III Jornadas de Profesores de Derecho Penal*, Universidad de Santiago, Madrid, 1976, pp. 69-93.

- CEREZO MIR, J., Curso de Derecho penal español. Parte general, volumen 1, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 2004.
- COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., Derecho penal. Parte general, 5ª edición, *Tirant lo Blanch*, Valencia, 1999.
- COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M., Instituciones de Derecho penal español. Parte general, CESEJ, Madrid, 2004.
- COBREROS MENDAZONA, E., “El reconocimiento al denunciante de la condición de interesado en el procedimiento administrativo sancionador”, publicado en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI*, Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo, coordinado por SOSA WAGNER, F., tomo II, Valencia, 2000, pp. 1437-1468.
- COLMEIRO, M., Derecho administrativo español, tomo 1, 4º edición, imprenta y librería de Eduardo Martínez, Madrid, 1876.
- CORCHERO, M., Derecho del turismo, Iustel, Madrid, 2008.
- CORDERO QUINZACARA, E., “El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho Penal”, *Revista de Derecho*, UACH, volumen XXV, núm. 2, diciembre 2012, pp. 131-157.



- COSCULLUELA MONTANER, L., Manual de Derecho administrativo parte general, 23ª edición, Civitas, 2012.
- DE DIEGO DíEZ, L.A., Prescripción y caducidad en el Derecho administrativo sancionador, primera edición, Bosch, Barcelona, 2006, pp. 53-72.
- DE FUENTES BARJADÍ, J. (director), Manual de Derecho administrativo sancionador, Ministerio de Justicia, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005.
- DE LA CRUZ FERRER, J., “Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria”, RAP, núm. 116, CEPC, mayo/agosto, 1988, pp. 65-108.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Retos principales del actual sistema penitenciario”, en Jornadas en Homenaje al XXV Aniversario de la Ley orgánica general penitenciaria, 2005, Madrid, pp. 119-137.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “El principio de humanidad en Derecho penal”, *Eguzkilore*, núm. 23, diciembre 2009, San Sebastián, pp. 209-225.
- DE LA VALLINA VELARDE, J.L., “La desconcentración administrativa”, RAP, núm. 35, CEPC, mayo/agosto 1961, pp. 75-138.

- DELGADO PIQUERAS, F., “Algunas aportaciones de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común al debate actual sobre la conceptualización de Derecho administrativo”, REDA, núm. 85, Civitas, 1995, pp. 27-47.
- DEMETRIO CRESPO, E., Prevención general e individualización judicial de la pena, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 1999.
- DEMETRIO CRESPO, E., “Del «Derecho penal liberal» al «Derecho penal del enemigo»”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, núm. 14, UNED, 2004, pp. 87-115.
- DEMETRIO CRESPO, E., “Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados”, *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, núm. 28, Legis, 2009, pp. 195-225.
- DEMETRIO CRESPO, E., “Crítica al funcionalismo normativista”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, núm. 3, UNED, 2010, pp. 14-26.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., “El derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión”, publicado en *Crónicas de jurisprudencia*

*constitucional*, Jornada XIX, El Burgo de Osma (Soria), 2013, pp. 22-51.

- ENTRENA CUESTA, R., Curso de Derecho administrativo, volumen 1/1, Tecnos, reimpresión 13ª edición, Madrid, 2001.
- ESCUCHURI AISA, E., “Ilícito penal e ilícito administrativo en materia de tráfico y seguridad vial”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, USC, 2011, pp. 7-86.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho”, *InDret-Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1/2007, Barcelona.
- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J.M. (coordinador), Diccionario jurídico, Aranzadi, 6ª edición, Pamplona, 2012.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., Derecho administrativo del turismo, 4ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario”, *REDA*, núm. 80, Civitas, 1993, pp. 577-612.

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., De la arbitrariedad de la Administración, 4ª edición corregida, Civitas, Madrid, 2002.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MOGUIO, J.M., La imparcialidad en el procedimiento administrativo: abstención y recusación, Aranzadi, Pamplona, 2012.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “La expansión selectiva del Derecho penal español”, en *Revista Digital Facultad de Derecho*, núm. 1, UNED, 2009.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español (una visión crítica)”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 25, Junta de Castilla y León, 2011, pp. 7-42.
- FERNÁNDEZ TERUELO, G., “El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito del blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código Penal operada por L.O. 5/2010)”, publicado en II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero..., *cit.*, pp. 111-130.
- FERRAJOLI, L., Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal, traducción por Andrés Ibáñez, P., Ruiz Miguel, A., Bayón Mohino, J.C., Terradillos Basoco, J., Cantarero Bandrés, R., Trotta, Valladolid, 1995.

- FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, reimpresión de la 14ª edición, Giessen, 1847, *Scientia Verlag Aalen*, 1973.
- GALLEGO ANABITARTE, A., “Transferencia y descentralización. Delegación y desconcentración. Mandato y gestión o encomienda. Teoría jurídica y Derecho positivo”, RAP, núm. 122, CEPC, mayo/agosto 1990, pp. 7-102.
- GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S., Manual básico de Derecho administrativo, Tecnos, 7ª edición, Madrid, 2010.
- GARBERI LLOBREGAT, J. y BUITRÓN RAMÍREZ, G., El procedimiento administrativo sancionador (Comentarios, jurisprudencia, formularios y legislación), volumen 1, 5ª edición, *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2008.
- GARCÍA ALBERO, R.M., QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F., “La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos”, en El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, pp. 245-400.
- GARCÍA CAVERO, P., Derecho penal económico. Parte general, 2ª edición, Grijley, Lima 2007.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, RAP, núm. 38, CEPC, mayo/agosto, 1962, pp. 159-208.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “El problema jurídico de las sanciones administrativas”, REDA, núm. 10, Civitas, 1976, pp. 399-430.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la Administración: Dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional”, REDA, núm. 29, Civitas, 1981, pp. 359-368..
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “El concepto de personalidad jurídica en el Derecho público”, RAP, núm. 129, CEPC, septiembre/diciembre, 1992, pp. 195-207.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Revolución Francesa y Administración contemporánea, 4ª edición, Aranzadi, Navarra, 1998, reimpresión 2011.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La inexistencia de plazo para recurrir el silencio administrativo en vía contencioso-administrativa. Derogación del artículo 46.1 de la ley de jurisdicción de 1998 (RCL 1998, 1741). Un auto de la sección 5ª de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 25 de noviembre de

1999 (Recurso 261/1999)”, REDA, núm. 105, Civitas, 2000, pp. 127-133.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., Curso de Derecho Administrativo, volumen II, 9ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, RODRÍGUEZ T.R., Curso de Derecho Administrativo, volumen I, 12ª edición (reimpresión), Thomson-Civitas, Madrid, 2005.
- GARCÍA DíEZ, C., “Sentencia de Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero (Pleno), por una posible violación del principio ne bis in idem”, *Comentarios de jurisprudencia tributaria constitucional*, año 2003, IEF, Madrid, 2004, pp. 27-39.
- GARCÍA MARTÍNEZ, E., “La desconcentración de funciones y los recursos administrativos ordinarios”, RAP, núm. 45, CEPC, septiembre/diciembre 1964, pp. 245-252.
- GARCÍA RIVAS, N., El poder punitivo en el Estado democrático, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, colección Estudios, núm. 31, Cuenca, 1996.



- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., “Recursos contra denegaciones presuntas por silencio administrativo”, RAP, núm. 110, mayo/agosto, 1986.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., “El recurso de alzada y el silencio administrativo negativo”, REDA núm. 58, Civitas, 1988, pp. 279-286.
- GARRIDO FALLA, F. y FERNÁNDEZ PASTRANA, J.M., Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones públicas (Un estudio de las leyes 30/1992 y 4/1999), 3ª edición, Civitas, Madrid, 2000.
- GOLDSCHMIDT, J., *Das Verwaltungsstrafrecht, Eine Untersuchung der Grenzgebiet zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, reimpresión de la edición de Berlín, 1902, Scientia Verlag Aalen, 1969.
- GÓMEZ PADILLA, R., “Concurso de normas y de infracciones en el Derecho administrativo sancionador”, RJCLM, núm. 41, noviembre/2006.
- GÓMEZ TOMILLO, M., Derecho Administrativo Sancionador. Parte General, Aranzadi, 2008, Pamplona.

- GONZÁLEZ GUITIÁN, L., “La más alta preocupación del príncipe”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, USC, 2011, pp. 206-229.
- GONZÁLEZ CABRERA, I., La regulación del contrato de viaje combinado, *Revista de Derecho Privado*, edición especial, 2012, pp. 181-200.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, Colex, Madrid, 1990.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., "Las sanciones administrativas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre", en *Jueces para la Democracia*, números 16-17, 1992, pp. 30-34.
- GONZÁLEZ GRIMALDO, M.C., “Potestad sancionadora y carga de la prueba”, *RAP*, CEPC, núm. 53, mayo/agosto, 1967, pp. 303-314.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F., Derecho administrativo español, tomo 1, 2ª edición, EUNSA, Pamplona, 1993.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F., “El *Big-Bang* del procedimiento administrativo sancionador”, *REDA*, Civitas, núm. 78, 1993, pp. 223-232.

- GONZÁLEZ NAVARRO, F. y GONZÁLEZ PÉREZ, J., Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre), tomo I, 4ª edición, Thomson Civitas, Pamplona 2007.
- GONZÁLEZ RUS, J.J., “Teoría de la pena y Constitución”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. VII, USC, 1984, pp. 223-280.
- GONZÁLEZ SALINAS, P., “La protección jurisdiccional del principio de igualdad”, REDA, núm. 36, Civitas, 1983, pp. 75-102.
- GORDILLO, A., Tratado de Derecho administrativo, tomo I Parte general, 10ª edición, Fundación de Derecho Administrativo, 2009.
- GÓRRIZ GÓMEZ, B., “Sobre la prescripción de las infracciones en vía de recurso (a propósito de las SSTs de 15 de diciembre de 2004 y 22 de septiembre de 2008)”, *Noticias Jurídicas*, julio, 2011.
- GÓRRIZ ROYO, E., “Sentido y alcance del *Ne bis in idem* respecto a la preferencia de la jurisdicción penal, en la jurisprudencia constitucional (en especial la STC 2/2003, 16 de enero)”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIV, USC, 2004, pp. 188-271.

- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., “La concepción y la clasificación de los servicios y los establecimientos de restauración turística”, RADT, núm. 5, junio 2011, pp. 32-70.
- HASSEMER, W., “Crisis y características del moderno Derecho Penal”, traducción de MUÑOZ CONDE, F., *Actualidad Penal*, núm. 43, 1996, p. 335 y ss.
- HASSEMER, W., Crítica al Derecho penal de hoy, traducción de Patricia S. ZIFFER, 1ª reimpresión, ediciones *Ad Hoc*, Buenos Aires, 2003.
- HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., La responsabilidad por el producto en derecho penal, Tiran lo Blanch, Valencia, 1995.
- HERNÁNDEZ ARMAD, L. y HERNÁNDEZ ARMD, E., “La naturaleza, actividad y clasificación de las agencias de viaje”, Cuadernos de Turismo, núm. 1/1998, Ediciones de la Universidad de Murcia, enero-junio, pp. 73-90.
- IHERING, R., El fin en el Derecho, en español, Biblioteca de Filosofía y Sociología, editor Rodríguez Serra, B., traducción de Leonardo Rodríguez, Madrid, 1911.
- IZQUIERDO CARRASCO, M., “La determinación de la sanción administrativa” publicado en el número extraordinario de la revista

*Justicia Administrativa*, Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador, Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 207-258.

- JIMÉNEZ DE ASÚA, L., La teoría jurídica del delito, Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa", núm. 23, colección dirigida por JAÉN VALLEJO, M., MORENO Y BRAVO, E. y SILVA CASTAÑO, M<sup>a</sup>L., Dykinson, Madrid, 2005.
- LASCANO, C.J., "La insostenible «modernización del derecho penal» basada en la «tolerancia cero» desde la perspectiva de los países «emergentes», artículo publicado en la revista de Derecho penal y procesal *Cahiers de Défense Sociale: bulletin de la Societé International de Défense Sociale pour une Politique Criminelle Humaniste*, núm. 30, 2003, pp. 157-170.
- LÓPEZ PORTAS, B., El sistema competencial de Galicia: autonomía y federalismo, EGAP, Santiago de Compostela, 2008.
- LORENZO SALGADO, J.M., "La libertad condicional (circunstancias 3<sup>a</sup> y 4<sup>a</sup> del artículo 98 del Código Penal)", *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. II, USC, 1978, pp. 299-324.
- LORENZO SALGADO, J.M., "La vigencia del principio de legalidad en el Código Penal Español. (Especial referencia a la reforma de 25 de junio de 1983)" Coimbra, 1990, *separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXIII, 1987, pp. 12 y 13.

- LORENZO SALGADO, J.M., “La vigencia del principio de legalidad en el Código Penal Español. (Especial referencia a la reforma de 25 de junio de 1983)” *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XI, USC, 1988, pp. 129-224.
- LORENZO SALGADO, J.M., “Penas privativas de libertad: Referencia especial al arresto de fin de semana”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 24, CGPJ, 1996, pp. 11-84.
- LORENZO SALGADO, J.M., “Las penas privativas de libertad en el nuevo Código Penal español”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XX, USC, 1997, pp. 149-224.
- LORENZO SALGADO, J.M., “O arresto de fin de semana como pena privativa de liberdade de cumprimento discontinuo: ¿permite o CP a súa execución ininterrompida en casos distintos ó previsto no art. 37.3?”, en *REXURGA*, núm. 17, 1997, pp. 31-43.
- LOZANO CUTANDA, B., “El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad”, *RAP*, núm. 161, CEPC, mayo/agosto, 2003, pp. 83-121.
- LUZÓN PEÑA, D.-M. (director), *Enciclopedia penal básica*, Comares, Granada, 2002.

- LLORCA ORTEGA, J., Manual de determinación de la pena, 6ª edición, *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2005.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “Multas administrativas”, RAP, núm. 79, CEPC, enero/abril 1976, pp. 9-65.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “La inflación del Derecho Penal y del Derecho Administrativo”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. VI, USC, 1983, pp.197-214.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “La regulación de la pena de multa en el Código Penal Español de 1995”, publicado en *Estudios penales y criminológicos*, vol. XX, USC, 1997, pp. 225-286.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “El bien jurídico en el delito de defraudación tributaria”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XVIII, USC, 1994-1995, pp. 123-196.
- MARTÍNEZ ESPÍN, P., El contrato de viaje combinado: estudio normativo, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 2/2012, pp. 76-90.
- MARTÍNEZ ESPÍN, P., Responsabilidad en el contrato de viaje combinado. La solución definitiva. Comentario a la STS de 20 de



enero de 2010, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 2/2012, pp. 126-137.

- MATTES, H., Problemas de Derecho penal administrativo. Historia y derecho comparado (traducida por Rodríguez Devesa), J. M., Editoriales de Derecho Reunidas, 1979.
- MAYER, M. E., *Der Allgemeiner Teil des deutschen Strafrechts*, 2ª edición, 1923.
- MELERO ALONSO, E., Reglamentos y Disposiciones Administrativas: análisis teórico y práctico. Una propuesta de diferenciación desde un paradigma social de derecho, Lex Nova, Valladolid, 2005.
- MILTON PERALTA, J., “Dogmática del hecho punible, principio de igualdad y justificación de segmentos de pena”, DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, UA, núm., 31, 2008.
- MILTON PERALTA, J., “Elementos subjetivos del ilícito en la determinación de la pena”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo LXIII, fascículo 1, MJ/MP/BOE, 2010, pp. 251-276.
- MIR PUIG, S., Introducción a las bases del Derecho penal, 2ª edición, B de F, Buenos Aires, 1982.

- MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª edición, Bosch, 1982.
- MIR PUIG, S., “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*”, *Estudios penales y criminológicos*, vol. XIV, USC, 1991, pp. 203-215.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 4ª edición, Barcelona, 1996.
- MIR PUIG, S., “Límites del normativismo en Derecho penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, UGR, num. 07-18, 2005, pp. 18-1/18-24.
- MIR PUIG, S., “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, en el libro *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador VIVES ANTÓN)*, dirigido por CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. y ORTS BERENGUER, E. y coordinado por CUERDA ARNAU, M.L., tomo II, *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2009, pp. 1357-1382.
- MONGE FERNÁNDEZ, A., *La circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena*, Bosch Editor, Barcelona, 2009.

- MORELL OCAÑA, L., Curso de Derecho administrativo, Tomo 1, 4ª edición, Aranzadi, Madrid, 1999.
- MORENO FERNÁNDEZ, J.I., Los principios constitucionales de la potestad sancionadora a la luz de la jurisprudencia constitucional, en Lecciones de Derecho Tributario inspiradas por un maestro, tomo 1, *liber amicorum* en homenaje a don Eusebio González García, Volumen 1, CRUZ DE QUIÑONES, L., directora académica, REGUEROS DE LADRÓN DE GUEVARA, S., PARDO CARRERO, G. y LONDOÑO GUTIÉRREZ, F., como coordinadores académicos, editorial Universidad de Rosario, UR-ICDT, Bogotá, 2010, pp. 106-126.
- MUÑOZ CONDE, F., Introducción al derecho penal, Bosch, Barcelona, 1975, posteriormente reeditado en la colección Maestros del Derecho Penal, nº 3, por B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2001.
- MUÑOZ CONDE, F., QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F., Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal, en El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001.
- NAVARRO CARDOSO, F., Infracción administrativa y delito: Límites a la intervención del Derecho Penal, Colex, Madrid, 2001.

- NIETO GARCÍA, A., Derecho administrativo sancionador, 4ª edición, Tecnos, Madrid, 2005.
- NIETO GARRIDO, E., "Silencio administrativo y acceso a la jurisdicción en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional", RAP, núm. 170, CEPC mayo/agosto, 2006, pp. 191-200.
- NIETO MARTÍN, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010", REXURGA, núm. 63, 2009, pp. 47-70.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L., "La pluralidad de Administraciones y las técnicas organizativas", Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo, Tomo II, Iustel, Madrid, 2009, lección 2, pp. 39-64.
- PALMA DEL TESO, A., "Infracciones administrativas continuadas, las infracciones permanentes, las infracciones de estado y las infracciones de pluralidad de actos: distinción a efectos del cómputo del plazo de prescripción", REDA, núm. 112, Civitas, 2001, pp. 553-574.
- PALMA DEL TESO, A., "La culpabilidad", en Justicia Administrativa, número extraordinario, "Infracciones, sanciones y procedimiento sancionador", homenaje al profesor Alejandro Nieto, Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 29-52.

- PALOMAR OLMEDA, A., La organización administrativa: tendencias y situación actual, Comares, Granada, 1998.
- PAREJO ALFONSO, L., Derecho administrativo, instituciones generales: bases, fuentes, organización y sujetos, actividad y control, Ariel Derecho, Barcelona, 2003.
- PAREJO ALFONSO L., JIMÉNEZ BLANCO, A y ORTEGA ÁLVAREZ, L., Manual de Derecho administrativo, volumen 1, 5ª edición, Ariel Derecho, Barcelona, 1998.
- PARADA VÁZQUEZ, J.R., “El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal”, RAP, núm. 67, CEPC, enero/abril 1972, pp. 41-93.
- PARADA VÁZQUEZ, J.R., Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), 2ª edición, Marcial Pons, Barcelona, 1999.
- PARADA VÁZQUEZ, J.R., Derecho administrativo I. Parte general, Marcial Pons, 18ª edición, Madrid, 2010.

- PARADA VÁZQUEZ, R., Derecho administrativo II, Régimen jurídico de la actividad administrativa, 20ª edición, OPEN ediciones universitarias, Madrid, 2013.
- PASTOR SEMPERE, Mª.C., “El viaje combinado en el RDLG 1/2007 (texto refundido ley general de consumidores) y leyes complementarias”, Cuadernos de Turismo, núm. 25/2010, Ediciones de la Universidad de Murcia, enero-junio, pp. 99-124.
- PEMÁN GAVÍN, J., “La regulación de la potestad sancionadora de la Administración en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre: notas sobre su tramitación parlamentaria”, RAP, núm. 132, CEPC, septiembre-diciembre, 1993, pp. 377-415.
- PENSADO SEIJAS, A., “Estudio sobre la Ley 9/2013, de 19 de diciembre, del emprendimiento y de la competitividad económica de Galicia. (Unificación normativa de la tramitación integral de las actividades y obras en Galicia)”, REGAP, núm. 46, julio-diciembre, 2013, pp. 425-496.
- PERELLO DOMENECH, I., “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”, *Jueces para la democracia. Información y debate*, núm. 28, Jueces para la democracia, marzo, 1997, pp. 69-75.

- PÉREZ ANDRÉS, E.M., “Una sentencia trascendental sobre la inexistencia de plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo frente al silencio administrativo negativo”, RAP núm. 164, CEPC, mayo/agosto 2004, pp. 201-210.
- PÉREZ MARTÍNEZ, D., “El principio de proporcionalidad”, en Manual de Derecho administrativo sancionador, *cit.*, capítulo III, p. 245-268.
- PÉREZ LUÑO, A.E., “Sobre la igualdad en la Constitución española”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 4, MJ/MP/BOE, 1987, pp. 133-151.
- POLAINO NAVARRETE, M., “Derecho penal criminal y Derecho administrativo sancionador”, *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, núm. 7, 1989, pp. 55-78.
- PRIETO ÁLVAREZ, T., “La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción”, RAP, núm. 178, CEPC, enero/abril 2009, pp. 215-247.
- PRIETO SANCHÍS, L., “La filosofía penal en la ilustración española”, Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos..., *cit.*, pp. 489-510



- QUINTERO OLIVARES, G., “La autotuela, los límites al poder sancionador de la Administración pública y los principios inspiradores del Derecho penal”, RAP, núm. 126, CEPC, septiembre/diciembre, 1991, pp. 253-293.
- REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Diccionario de la lengua española, RAE, 23ª edición, edición del tricentenario, Madrid, 2014.
- RADBRUCH, G., Introducción a la filosofía del Derecho, 4ª edición en español, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1974.
- RAMALLO MIÑÁN, E., Manual básico del Derecho turístico, Tecnos, Madrid, 2013.
- RAMALLO MIÑÁN, E., “La voz de la élite normativa turística: Inspección turística. El caso gallego”, *Pasos, Revista de Turismo y Patrimonio Cultural*, ULL, Volumen 13, núm. 1, enero 2015, pp. 251-260.
- RAMOS TAPIA, I. y WOISCHNIK, J., “Principios constitucionales en la determinación legal de los marcos penales. Especial consideración del principio de proporcionalidad”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Buenos Aires, 2001.

- RANDO CASERMEIRO, P., “La evolución de la relación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador en la España del siglo XIX y principios del XX”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, UNED, núm. 12, año 2003, pp.141-190.
- RANDO CASERMEIRO, P., La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica, *Tirant lo Blanch*, edición digital, Valencia, 2010.
- RANDO CASERMEIRO, P., “El modelo penal de la seguridad ciudadana en el derecho administrativo sancionador”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1/2010, Barcelona.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M.M., El marco jurídico de la restauración, monografías de la RAAP, volumen extraordinario (III) denominado Régimen jurídico de los bienes turísticos, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 1999, pp. 419-435.
- RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., “El impacto de la directiva de servicios en el procedimiento administrativo: autorización, declaración responsable y comunicación”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 49, enero-junio 2010, pp. 85-136.
- REBOLLO PUIG, M., “El contenido de las sanciones”, en el número extraordinario de la revista *Justicia Administrativa*, Infracciones,

sanciones y procedimiento administrativo sancionador, Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 151-201.

- REBOLLO PUIG, M., “La presunción de validez”, REDA, núm. 128, Civitas, 2005, pp. 587-638.
- REBOLLO PUIG, M., “La actividad de inspección”, en Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo, Tomo III, Iustel, Madrid 2009, lección 13, pp. 53-85.
- REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L. y BUENO ARMIJO, A.M., Derecho Administrativo Sancionador, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- REBOLLO VARGAS, R., “Reflexiones y propuestas sobre el tratamiento penal y procesal de la pequeña delincuencia patrimonial”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, USC, 2011, pp. 553-583.
- REVIRIEGO PICÓN, F. y DE VICENTE MARTÍNEZ, R., (coordinadores), El cine carcelario, *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2015.
- RIVERO YSERN, J.L., “Vía administrativa de recurso y justicia administrativa”, REDA, núm. 75, Civitas, 1992, pp. 381-398.

- ROCA ROCA, E., CEBALLOS MARTÍN, M<sup>a</sup> M. y PÉREZ GUERRA, R., Código de Turismo, 3<sup>a</sup> edición, Aranzadi, Pamplona, 2007.
- RODRÍGUEZ COLLAO, L., “Los principios rectores del Derecho penal y su proyección en el campo de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal”, *Revista de Derechos Fundamentales*, UVM, núm. 8, 2012, pp. 145-172.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Principio de legalidad y arbitrio judicial”, AFDUAM, núm. 1, La vinculación del Juez a la Ley, BOE, 1997, pp. 279-296.
- ROXIN, C., Derecho penal. Parte general. Tomo 1. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, traducción de la 2<sup>a</sup> edición alemana y notas por LUZÓN PEÑA, D.-M., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y DE VICENTE REMESAL, J., Civitas, Madrid, 1997.
- ROXIN, C., “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, *RECPC*, UGR, núm. 15, 2013.
- RUÍZ VADILLO, E., “La dosimetría penal en el Código español”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXX, fascículo 2, MJ/MP/BOE, tomo 30, 1977, pp. 351-408.

- RUÍZ VADILLO, E., El Derecho penal sustantivo y el proceso penal. Garantías constitucionales básicas en la realización de la Justicia, Colex, Madrid, 1997.
- SÁNCHEZ GOYANES, E., La Constitución española comentada, 23ª edición, Paraninfo, Madrid, 2004.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., Derecho administrativo parte general, 8ª edición, Tecnos, Madrid, 2012.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., Principios de Derecho Administrativo General, tomo I, Iustel, Madrid, 2004.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., Principios de Derecho Administrativo General, tomo II, Iustel, Madrid, 2004.
- SANTI ROMANO, El ordenamiento jurídico, traducido por MARTÍN-RETORTILLO, S. y MARTÍN-RETORTILLO, L., CEPC, Madrid, 2013.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2001.

- SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2/2007.
- STAMMLER, R., *La génesis del Derecho*, 2ª edición, Espasa-Calpe, Madrid, 1936.
- SUAY RINCÓN, J., *Sanciones administrativas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989.
- SUAY RINCÓN, J., “La discutible vigencia de los principios de imparcialidad y contradicción en el procedimiento administrativo sancionador”, *RAP*, núm. 123, CEPC, septiembre-diciembre, 1990, pp. 153-184.
- SUAY RINCÓN, J., “La formulación del principio de legalidad en materia sancionadora y sus exigencias: una propuesta a partir del estado actual de la cuestión en la jurisprudencia”, en *Justicia Administrativa*, número extraordinario, “Infracciones, sanciones y procedimiento sancionador”, homenaje al profesor Alejandro Nieto, Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 7-28.
- SZCZARANSKI, F., “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”, *Política Criminal*, CEDEP, UT, volumen VII, núm. 14, diciembre 2012, pp. 378-453.

- TARDÍO PATO, J.A., “Prescripción de pretensiones y caducidad del plazo de interposición de los recursos administrativos y contencioso-administrativos: el argumento de la especialidad.”, REDA, núm. 129, Civitas, 2006, pp. 29-76.
  
- TENA PIAZUELO, V.M., “La tutela judicial en riesgo por indebida aplicación por los tribunales del sistema de recursos administrativos. A propósito de la peculiar sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, sección 2ª de la sala de lo contencioso-administrativo, núm. 302 de 1992, de 18 de mayo, y de la providencia del Tribunal Constitucional de 26 de octubre de 1992”, REDA, núm. 81, Civitas, 1994, pp. 133-145.
  
- TORÍO LÓPEZ, A. “El concepto individual de culpabilidad”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXXVIII, fascículo 2, MJ/MP/BOE 1985, pp. 285-302.
  
- TORNOS MAS, J., “Infracción y sanción administrativa: el tema de su proporcionalidad en la jurisprudencia contencioso-administrativa”, REDA, núm. 7, Civitas, 1975, pp. 607-624.
  
- TORNOS MAS, J., “¿Quién debe ejercer el «*ius puniendi*» del Estado?”, REDA, núm. 104, Civitas, 2014, pp. 297-303.
  
- TORRES DEL MORAL, A., Principios de Derecho constitucional español, 2ª edición, tomo 1, Átomo Ediciones, Madrid, 1991.



- ÚBEDA TARAJANO, F.E., “Sanciones disciplinarias de Derecho público: Las relaciones entre ilícitos administrativos y penales en el marco constitucional”, *BOMJ*, año 61, núm. 2033, 2007, pp. 985-1030.
  
- URQUIZO OLAECHEA, J., “El bien jurídico”, *Cathedra*, núm. 3, UNMSM, mayo, 1998.
  
- VAELO ESQUERDO, E., “Aspectos problemáticos de la reincidencia”, en Homenaje al doctor Barbero Santos..., *cít.*, pp. 1359-1374.
  
- VÁZQUEZ CASTIÑEIRAS, S., “Turismo y actividad inspectora”, *Turismo y Territorio*, IGETI, núm. 1, 2008, pp. 53-64.
  
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., “Sobre el bien jurídico protegido por el delito de obstaculización a las actuaciones del Defensor del Pueblo (art. 502.2 CP)”, *RECPC*, UGR, núm. 14, 2012, pp. 15:1-15:19.
  
- VILLAR PALASÍ, J.L., “Consideraciones sobre el sistema jurídico”, *RAP*, núm. 100-102, CEPC, enero/diciembre, 1983, pp. 520-544.
  
- VIVES ANTÓN, T.S., “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo”, *Revista Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXV, USC, 2004, pp. 399-441.

- VIVES ANTÓN, T.S., Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales, 2ª edición, *Tiran lo Blanch*, Valencia, 2011.
- WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª edición, Walter de Gruyter, Berlín, 1969.
- WELZEL, H., Introducción a la filosofía del Derecho: Derecho natural y Justicia material, 4ª edición, traducción de Felipe González Vicen, Aguilar, Madrid, 1974.
- WOLF, E., *Die Stellung der Verwaltungsstrafrecht, Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, reimpresión de la edición de Tubinga 1930, *Scientia Verlag Aalen*, 1969.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador ¿hacia una “administrativización” del Derecho penal o una “penalización” del Derecho administrativo sancionador?”, en Homenaje al doctor Marino Barbero Santos..., *cit.*, pp. 1417-1444.